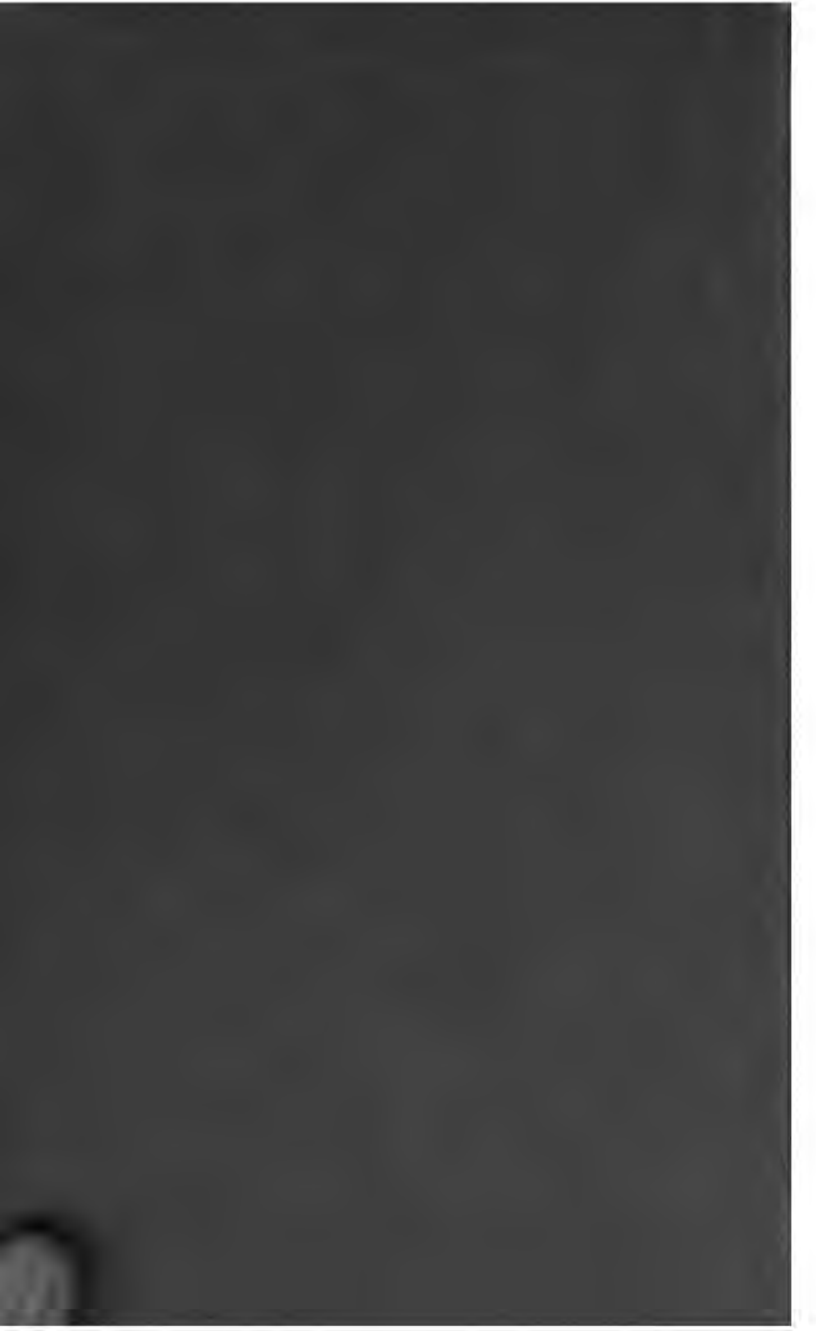

HARVARDIANAE
ET
VE
RI
TAS
ACADEMIAE
SIGILLVM
IN
NOV
ANG
CHRISTO
ECCLESIAE





Bibliothèque de Philosophie scientifique

JEAN CRUET

Avocat à la Cour d'Appel

La Vie du Droit

ET

L'IMPUISSANCE DES LOIS

> Nous voyons tous les jours la société refaire la loi, on n'a jamais vu la loi refaire la société.



PARIS

ERNEST FLAMMARION, ÉDITEUR

26, RUE RACINE, 26



Bibliothèque de Philosophie scientifique

JEAN CRUET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LA VIE DU DROIT

ET

L'IMPUISSANCE DES LOIS

Nous voyons tous les jours la société refaire la loi, on n'a jamais vu la loi refaire la société.



PARIS

ERNEST FLAMMARION, ÉDITEUR

26, RUE RACINE, 26

1908

LA VIE DU DROIT

ET

L'IMPUISSANCE DES LOIS

INTRODUCTION

LA GENÈSE DES LOIS ET LA SOUVERAINETÉ DU LÉGISLATEUR

I. Conception dogmatique de la loi. — II. La liberté de l'individu devant le droit illimité de la nation souveraine ; inefficacité d'une théorie philosophique pour modérer l'action de l'État. — III. La force effective de l'État aggravée par la crainte irraisonnée en sa toute-puissance imaginaire. — IV. Nécessité d'envisager le droit comme une question de fait. — V. Des sociétés primitives aux sociétés modernes, le droit a changé de forme, non de caractère. Comment la loi, si elle n'est pas née de la coutume et de la jurisprudence, est obligée pour entrer dans le droit vivant de devenir jurisprudence et coutume. — VI. La méthode de la raison pure et la définition classique de la loi. La méthode de l'expérience et les corrections à apporter à la conception théorique de la loi. — VII. Seule limite efficace de l'omnipotence législative : notion expérimentale de l'impuissance pratique des lois contraires à l'équilibre réel de la société.

« Le sens du relatif domine la pensée contemporaine. »
DE VOGUÉ.

S'il n'est pas activement mêlé à la lutte des intérêts, le juriste est naturellement porté à croire que toute la vie sociale s'organise, et se meut sous

l'empire absolu des lois : n'est-ce pas en effet à travers les lois qu'il a coutume d'apercevoir toujours la vie?

Les textes législatifs fournissent à l'esprit des formules généralement claires et précises, dont la rigidité, s'imposant au respect du juriste, doit nécessairement déformer pour lui l'aspect vrai des choses : n'osant s'échapper hors des textes, pour saisir le monde social dans toute son étendue, dans toute sa complexité et dans tout son mouvement, il en arrive à chercher la source unique du droit, non dans la société s'organisant d'elle-même, mais dans les rouages de l'État, spécialement investis, avec un monopole théoriquement exclusif, de la haute mission de frapper les règles officielles du droit consacré.

De cette vision professionnelle des relations sociales, et, pour ainsi dire, d'une illusion d'optique, est née la conception dogmatique du droit et de la loi.

I. — Si l'on a pu suivre dans la série de ses phases secrètes ou publiques la lente et pénible gestation d'une loi déterminée, le fondement rationnel de son autorité apparaît comme singulièrement incertain, et le sentiment traditionnel de respect qui peut persister à son égard n'est pas exempt de quelque réserve.

Mais le respect absolu et l'autorité indiscutée que beaucoup refusent sans hésiter à toutes les lois en particulier, on les accorde sans débat à la loi en général, expression impérative de la volonté de l'État souverain.

L'État, incarnation sublime de l'idée morale, Dieu vivant! s'écrie quelque part Hégel.

Comme le philosophe allemand, les juristes les plus sévères se sont élevés à une sorte de lyrisme pour définir la souveraineté de l'État, cette notion fondamentale du droit public communément enseigné : on trouve alors dans leur style, à défaut de précision scientifique, une sorte de ferveur religieuse, et pour quelques-uns, éblouis par l' « éclat divin » du pouvoir, comme le reconnaissait naïvement Jean-Baptiste Sirey, fondateur d'un célèbre recueil de jurisprudence, la souveraineté est plus qu'un froid axiome de la science politique, c'est un sentiment, ayant toute la force d'un article de foi.

« Il faut une puissance suprême, un centre où tout se rapporte, un principe d'où tout dérive, un souverain qui puisse tout...; il est de l'essence de la puissance suprême de ne pouvoir être limitée : *elle peut tout*, *ou elle n'est rien.* »

A la frappe vigoureuse de la phrase, on a facilement reconnu ce maître ouvrier des lettres, qui eut le génie du sophisme, au point de déguiser

même les idées justes en paradoxes : Jean-Jacques Rousseau.

Combien de définitions à la fois aussi vagues et aussi intransigeantes de la souveraineté pourrions-nous recueillir dans les innombrables ouvrages publiés sur le droit constitutionnel, s'il ne devait résulter de leur accumulation une certaine monotonie : car elles se ramènent toutes à une affirmation dogmatique de la toute-puissance de l'État.

Par la faute de cette notion trop simple et trop abstraite, la plupart des maîtres du droit public se sont exposés à tomber sous le coup d'un éloge ironiquement adressé par Albert Sorel à Beccaria, l'un des précurseurs du droit pénal moderne : *c'est un pur jurisconsulte, il déduit et n'observe pas.*

II. — Les partisans les plus déterminés des théories classiques, après avoir donné à l'État une souveraineté sans bornes, font par esprit de libéralisme les plus louables efforts pour la lui reprendre : ayant par hypothèse effacé l'individu devant la société, ils voudraient bien *a posteriori* lui restituer une petite place modeste, mais sûre, dans l'État, ou plus exactement, au-dessous de l'État.

Mais à la manière dont on pose le problème, il devient impossible de lui trouver une solution.

Quand on a édifié, par une série de simplifica-

tions arbitraires des réalités sociales une conception intangible de l'État, source unique du droit et unique détenteur de la force légitime, comment ne pas s'avouer fort en peine, si l'on a quelque franchise, de limiter après coup cette force illimitée et de chercher avec succès un droit supérieur à ce droit suprême?

De toute nécessité il faut introduire dans le système conçu *a priori* une de ces contradictions voilées qui sont comme la revanche pratique du bon sens contre les excès de la logique abstraite.

Jean-Jacques Rousseau ne s'est pas contredit. Ayant attribué à la nation tous les droits, il n'hésita pas à imposer tous les devoirs aux particuliers et il aurait été le premier à soutenir, par logique, que « le peuple n'a jamais tort », si le protestant de Jurieu, dans *les Soupirs de la France esclave*, n'avait un demi-siècle auparavant affirmé que le peuple a toujours raison.

Aussi bien les mailles du filet juridique dans lequel les théoriciens de l'État souverain essaient d'enfermer ce monstre vigoureux sont-elles singulièrement fragiles, pour ne pas dire illusoires.

Les affirmations idéalistes, si énergiques soient-elles, contenues dans les Constitutions ou les Déclarations, ne peuvent avoir aucune efficacité, parce qu'elles sont nécessairement indéterminées et inconsistantes.

Admettons par hypothèse qu'il y ait contre l'État des droits naturels et imprescriptibles : la liberté, l'égalité, la propriété... Mais la liberté dans quelle mesure, l'égalité sous quel aspect, et la propriété sous quelle forme?

Et ne faut-il pas avouer, en toute sincérité, que le droit naturel est le seul qui ne soit pas dans la nature?

Il est bien vrai que la doctrine individualiste propose une frontière à l'action de l'État, mais c'est une frontière invisible tracée par la raison pure : l'État n'a pas besoin de la violer ouvertement pour la franchir; car il suffit, pour qu'elle n'existe pas, qu'il l'ignore. Et n'a-t-il pas les meilleures raisons du monde pour être aveugle? On ne peut pas demander à l'État de n'être pas étatiste.

Mieux vaudrait faire pleine confiance à la nation pleinement souveraine, et conseiller à l'individu de mettre ses espérances de liberté dans l'*auto-limitation* de l'État, c'est-à-dire dans la modération spontanée et volontaire de l'État dans l'intérêt bien entendu de l'État lui-même.

Mais dire cela, pour l'esprit clair d'un Français, dont les idées fausses sont toujours au moins des idées nettes, n'est-ce pas à proprement parler ne rien dire?

III. — Rebutés par tant de subtilités et de

contradictions, ne sommes-nous pas en droit de nous demander si, après tout, la souveraineté n'est pas simplement une idée fausse, ou, suivant les expressions vigoureuses d'un éminent professeur de droit constitutionnel qui s'est déclaré explicitement son adversaire, M. Duguit, un principe à la fois « indémontré, indémontrable et inutile ».

L'astronome Leverrier avait proposé d'expliquer les perturbations constatées dans le mouvement de certain astre connu par la présence d'une étoile invisible dont il avait déterminé la place par le calcul. Ainsi les jurisconsultes invoquent la souveraineté pour soutenir et justifier les constructions traditionnelles de la science politique... Mais si Leverrier a découvert au ciel son étoile, les jurisconsultes moins heureux n'ont pu faire voir à personne la souveraineté.

On est ainsi amené à croire que cette notion immatérielle a été conservée pour ne pas laisser entièrement vide la place jadis occupée par la personne très réelle du monarque absolu et de droit divin. L'esprit positif de notre temps n'aurait certes pas élaboré le concept de souveraineté, mais il a craint d'en répudier l'héritage, et de s'imposer l'effort de créer, pour un monde social nouveau, une science politique nouvelle.

On connaît le mot de Royer-Collard : « Où est la souveraineté ? Il n'y a pas de souveraineté... »

Donc, ne perdons pas notre temps à chercher le souverain, et cessons d'affaiblir l'autonomie de l'individu, en aggravant la force effective de l'État par la crainte irraisonnée de sa toute-puissance imaginaire.

IV. — Sans doute, la notion de souveraineté n'est pas privée de toute vertu pratique : si elle est une fiction, elle est assurément dans une certaine mesure une fiction d'utilité sociale.

Sa formation s'explique fort bien par la psychologie des gouvernements : elle est née d'un désir, commun à tous, et d'ailleurs légitime, celui d'être aveuglément obéis, sans avoir besoin d'user de la contrainte matérielle. Elle tend à faire de la loi civile ce que Kant a voulu faire de la loi morale : un *impératif catégorique* échappant à toute critique rationnelle.

En recourant à la force, un gouvernement risque toujours de démontrer sa faiblesse, et il est bon que « les lois se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois, et quiconque obéit à la loi, parce qu'elle est juste, ne lui obéit pas par où il doit ».

Tous les gouvernements pensent sur ce point comme Montaigne.

D'autre part, la notion de souveraineté *nationale*, idéalisée par l'optimisme communicatif des révo-

lutionnaires de 1789, a eu un grand rôle historique, dont nous songeons moins que personne à nier la fécondité : elle a été un bélier puissant contre les institutions du passé.

La foi seule est agissante, et il n'est pas de bonne propagande pour les idées, ni de bonne réclame pour les marchandises, sans un peu de charlatanisme.

Soit encore. Mais ces formules faites pour l'action, systématiquement réduites à une simplicité parfaite, et placées pour les nécessités mêmes de la lutte politique au-dessus de la discussion, ne sauraient entrer comme éléments définitifs dans la science du droit.

Les illusions assurément généreuses de nos pères dans l'ordre politique, social ou religieux, ont aujourd'hui ce léger défaut, c'est qu'étant d'hier ou d'avant-d'hier, elles ne font plus illusion.

La science se fait par l'hypothèse, mais elle n'est pas faite d'hypothèses, ni *a fortiori* de fictions directement contraires à la réalité, et par là même inutilisables dans la société pratique.

Le premier, et le dernier mot de la méthode scientifique, c'est d'accepter les faits comme ils sont. La science décompose les faits bruts, elle ne les déforme pas.

Nier le droit naturel, s'est écrié avec indigna-

tion le philosophe Secrétan, c'est faire du droit positif un simple cas de force majeure!

Comme s'il ne s'agissait pas, non de nier, ou d'affirmer, mais simplement de constater.

Il n'est donc, à nos yeux, qu'un moyen pour connaître la loi, et comprendre la légalité, c'est d'étudier les lois comme phénomènes historiques et sociaux, dans leurs caractères observables.

V. — On affirme, en général, que la loi renferme tout le droit. Convertissons cette affirmation en une hypothèse provisoire dont il s'agit de chercher la preuve dans les faits.

Il semble que, depuis les temps les plus reculés de l'histoire, le droit ait changé de caractère, parce qu'il a changé de forme.

Dans les sociétés primitives, qui n'ont pas de législation écrite, il est cependant facile de reconnaître un ensemble souvent très cohérent et très stable de règles sociales dont l'existence résulte de la répétition même des actes quotidiens qui en constituent à la fois la base, la preuve, et l'application.

C'est l'âge de la coutume brute, se propageant par imitation spontanée ou tradition orale.

Les courants les plus forts et les plus constants de la pratique sociale finissent par prendre aux yeux de tous un caractère de nécessité ou

d'obligation. La communauté n'hésite pas, avec cette intolérance qui a été dans le monde la première manifestation de l'esprit de solidarité, à peser de toute sa force pour amener la prééminence des règles généralement admises sur les fantaisies de la volonté individuelle, et les autorités chargées de dire le droit, et d'en appliquer les sanctions, tirent de l'utilité même de leur fonction un prestige indiscuté. La société met fin aux conflits qui viennent à s'élever entre les individus : elle ne les autorise plus à en chercher la solution par les voies de la violence privée, c'est-à-dire à mesurer librement leur droit réciproque sur leur force respective. Éparpillé en petits morceaux dans les décisions fragmentaires rendues sur des litiges particuliers, le droit s'en dégage progressivement : chaque décision de l'autorité reconnue, exprimant dans un cas déterminé la pensée intime de cette autorité, engage l'avenir pour les cas semblables ou analogues, car les juges n'aiment pas à se déjuger.

Ainsi, à la coutume brute, obscurément perçue par la conscience populaire, succède la coutume achevée, se traduisant en formules claires dans la conscience des spécialistes du droit : c'est l'âge de la jurisprudence sacerdotale ou laïque.

Le droit, qui était, à ses origines, la société même dans son évolution spontanée, continue à se détacher de la vie. La formule juridique, dont on

cesse de percevoir aussi nettement les racines concrètes, devient peu à peu extérieure à la société, et prétend lui être supérieure. Elle semble aux peuples encore peu civilisés quelque chose de si haut et de si respectable qu'ils la font naître sur les lèvres des dieux ou de leurs prophètes. Les commandements juridiques sont en même temps des commandements théologiques. Le droit a acquis une sorte d'autonomie : il n'est plus, suivant le mot de je ne sais quel sociologue, le squelette apparent de la société, il se présente comme le produit d'une volonté toute-puissante.

Et, lorsque les dieux et les prophètes, par la transition des monarchies de droit divin, passent la parole aux peuples et aux hommes d'État, ceux-ci croient possible de tirer de leur sentiment, de leur volonté, de leur intelligence, des règles de droit toutes faites, s'imposant en vertu d'une autorité propre à la vie elle-même. La fabrication de ces règles est confiée à des organes spéciaux : assemblées populaires, conseils monarchiques ou parlements républicains. C'est l'âge de la loi.

Ainsi, dans la perspective des siècles écoulés, nous apercevons, *l'une derrière l'autre*, les trois formes classiques du droit : la Coutume, la Jurisprudence et la Loi.

Mais ce raccourci de l'évolution juridique est-il rigoureusement exact ?

Ces trois formes du droit, présentées comme les étapes d'un progrès continu, successivement franchies sans esprit de retour, ne se retrouvent-elles pas, *l'une au-dessous de l'autre*, dans la profondeur du sol juridique moderne?

Telle règle nouvelle de notre droit contemporain n'est-elle pas née coutume, et devenue jurisprudence, avant de s'achever en loi?

Ainsi, d'après une hypothèse hardie, le développement de l'embryon reproduirait en phases rapides l'évolution millénaire de chaque espèce animale.

Et si la loi prétend devancer la coutume et la jurisprudence, n'est-elle pas obligée, pour entrer dans le droit vivant, de se faire successivement, par une sorte d'évolution *à l'envers*, jurisprudence et coutume?

Il y a donc lieu de rechercher, en toute impartialité, s'il n'y a pas, contre le droit du législateur ou à côté de lui, un *droit du juge* et un *droit des mœurs*, et d'examiner si la structure sociale des nations contemporaines ne s'est pas développée, dans la plupart de ses éléments, en dehors de leur structure légale, en la faisant éclater de toutes parts.

Ce sera l'objet de la *première partie* de cet ouvrage, sur *le droit spontané et la loi écrite*.

VI. — Si le législateur prend son point de départ

hors des faits, c'est un heureux accident s'il se rencontre avec eux ; s'il entend suivre la logique pure de sa raison, c'est miracle s'il peut comprendre la logique cachée de certaines incohérences sociales, et s'il veut être trop rigoureusement d'accord avec lui-même, comment ne cesserait-il pas de l'être avec la réalité ?

En politique, l'homme utile est celui qui possède une méthode, l'homme dangereux celui qui a une doctrine, et emprisonne son esprit dans cette codification intellectuelle *ne varietur* qu'on appelle un système.

En allant chercher trop haut, ou trop loin, ses inspirations, le législateur risque d'accroître l'inévitable écart du droit consacré par la loi, et du droit spontanément élaboré par les forces obscures des mœurs ou de la jurisprudence.

La conception dogmatique de la loi, conçue comme une règle universelle, édictée pour l'avenir, et à toujours, peut n'être pas seulement inexacte comme expression de la pratique législative réellement suivie : elle peut sembler contestable même comme idéal approximatif à proposer aux Parlements.

Un principe, dans l'ordre politique, n'est bon que s'il a réussi.

En étudiant les déformations subies par les textes, sous les poussées multiples de la société,

nous aurons l'occasion d'examiner si elles ne sont pas inspirées par le caractère trop général de la loi et si cette généralité, présentée comme une vertu essentielle, n'est pas la cause profonde de l'esprit de système reproché au législateur.

D'une manière plus large, c'est une question de savoir s'il ne convient pas d'apporter au moule traditionnel dans lequel doit être coulée la pensée législative certaines retouches, ou certaines corrections, et si l'on peut maintenir une définition de la loi, coupable d'impliquer dans certains de ses éléments la négation pure et simple de la vie du droit.

Ce sera l'objet de *la seconde partie* de cet ouvrage, sur *le dogmatisme législatif*, et *la législation expérimentale*.

VII. — Si tout le droit n'est pas dans la loi, et si toute la puissance de contrainte n'est pas monopolisée par l'État, il y a donc de toute évidence un droit contre le souverain !

Et voilà les citoyens ballottés entre les forces contradictoires de la société, et tentés à tout moment de mettre l'État là où est la force dominante...

Quelle autorité vont conserver les commandements obligatoires contenus dans les textes législatifs, s'ils ne sont pas édictés par la grande voix de l'État?

Le prestige des lois ne vient-il pas en effet de la source mystérieuse d'où on les fait descendre ?

Certes, il est des problèmes qu'il est dangereux de poser, et l'esprit de libre critique, qui est l'esprit même de la science, pourrait bien être dans l'ordre juridique, comme dans l'ordre moral, un instrument de dissolution, plutôt qu'un outil de réforme. Soit. Mais la négation de la vie sociale spontanée, et extérieure, sinon hostile, à l'État, ne saurait rien changer à la réalité. Les théories sont aujourd'hui un voile trop transparent pour cacher à des yeux mieux avertis la nation agissante, et les hommes, les simples hommes, qui gouvernent, jugent ou légifèrent.

Max Nordau, au nombre des mensonges traditionnels de la civilisation, a oublié l'un des plus caractéristiques : le mensonge juridique. Ne faisons pas la folle gageure de perpétuer la fiction, cette hypocrisie du droit, dans le but hasardeux de sauver les apparences, en établissant entre des principes et une pratique profondément contradictoires, un accord purement extérieur.

Si l'on ne peut plus gouverner par la foi, il *faut* bien gouverner par la science, et si la fiction ne trompe plus personne, il *faut* bien mettre un dernier espoir dans la vérité.

Aussi bien pourquoi d'avance attribuer à la

fiction tous les avantages, et à la science tous les dangers ?

Notre but n'est pas, dans cet ouvrage, de discuter, après tant d'autres, la légitimité rationnelle et morale d'une intervention énergique de l'État dans les divers domaines de l'activité sociale, afin d'y amener le règne de la justice. Le moins qu'on puisse dire, c'est que là où cette intervention peut être efficace, elle s'impose.

Mais quelle que soit l'étendue de ses devoirs, il est évident que le législateur ne saurait dépasser même s'il doit les atteindre, les limites de son pouvoir : il a tout intérêt à ne pas promettre ce qu'il ne saurait tenir, et l'idéalisme des fins, bien loin d'exclure la recherche scientifique des moyens, s'il rend cette recherche plus difficile, la rend aussi plus nécessaire.

Il est très vrai que la toute-puissance de l'État serait un plus grand danger, si elle n'était d'abord une illusion, mais cette illusion même n'est peut-être pas sans danger.

Le jour où le législateur saura corriger le dogme héréditaire de sa souveraineté nominale par la notion expérimentalement acquise, et, à chaque loi nouvelle, durement confirmée de son impuissance pratique, le jour où il aura la conscience plus nette et plus pressante de remplir une fonction, *d'ailleurs très utile,* et non d'exercer un pouvoir indé-

fini, il deviendra sans intérêt de chercher à l'omnipotence des Parlements une limite artificielle, telle que la fragile barrière d'une Haute-Cour constitutionnelle : les meilleures frontières ne sont pas les frontières conventionnelles...

La croyance à la toute-puissance de la loi accroît l'intensité des luttes politiques. Les uns s'imaginent que la loi peut tout leur prendre, les autres que la loi peut tout leur donner : la crainte de ceux-là fait l'espérance de ceux-ci, mais ne sont-elles pas toutes deux chimériques ?

Si la loi apparaissait à tous comme l'expression approximative de l'équilibre réel de la société, et non pas comme l'ordre arbitraire d'une volonté inconditionnée, les citoyens comprendraient d'eux-mêmes combien ils sont mal venus à demander au Parlement des lois parfaites. Il serait trop facile de leur répondre : pour faire des lois excellentes, il faudrait *d'abord* une société meilleure.

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT SPONTANÉ ET LA LOI ÉCRITE

Si la loi dissimule d'une manière presque complète la vie spontanée du droit, il n'est pas vrai qu'elle l'ait entièrement supprimée.

LIVRE I

LE DROIT DU JUGE ET LE DROIT DU LÉGISLATEUR

La mission du juge consiste essentiellement à faire aux litiges particuliers l'application exacte des règles du droit consacré : suivant la définition très juste, et très pittoresque de Montesquieu, le juge est simplement la bouche qui prononce les paroles de la loi, sans essayer d'en modérer la force, ni la rigueur.

La notion même du droit positif, née de la reconnaissance de prescriptions obligatoires présentant le double caractère de généralité et de permanence, semble exclure *a priori* toute idée d'une participation ouverte et normale du juge à la transformation des règles impératives de la loi : si le juge pouvait en toute liberté prendre chaque décision particulière, suivant le caprice de l'heure, il n'y aurait plus en vérité de règles juridiques,

au sens précis du mot, et l'arbitraire plus ou moins intelligent, plus ou moins équitable du juge constituerait la seule loi vivante, le seul droit effectif, incertain, et changeant comme l'homme même.

Dès qu'une société est arrivée à la conception claire et distincte du droit, elle s'efforce de faire planer la loi dans une région inaccessible au juge, étrangère à sa compétence : le législateur, monarque absolu, ou assemblée souveraine, ne veut alors partager avec personne le droit de modifier la loi par mesure générale, ni celui de la violer par mesure individuelle.

Mais cette négation de la jurisprudence comme force active de l'évolution du droit a toujours et partout reçu le démenti éclatant des faits, cette tendance rationnelle à réduire le juge à une fonction purement automatique, malgré l'infinie diversité des cas soumis à son diagnostic, a toujours et partout échoué devant la fécondité persistante de la pratique judiciaire.

Le juge, cet « être inanimé », dont parlait Montesquieu, a été en réalité l'âme du progrès juridique, l'artisan laborieux du droit nouveau contre les formules vieillies du droit traditionnel.

Cette participation du juge au rajeunissement du droit est, à quelque degré, un phénomène constant, on pourrait dire *une loi naturelle de*

l'évolution juridique : né de la jurisprudence, le droit vit par la jurisprudence, et c'est par la jurisprudence que l'on voit souvent le droit évoluer sous une législation immobile.

Il est facile d'en fournir la démonstration expérimentale par des exemples empruntés aux époques les plus diverses comme aux pays les plus variés.

CHAPITRE I

Le respect fictif du droit consacré.

§ I. L'ÉVOLUTION DU DROIT ROMAIN ET LA PRATIQUE JUDICIAIRE. — 1. L'interprétation du droit consacré comme mode de formation du droit nouveau. — 2. Le type du magistrat-législateur : comment le prêteur a créé le droit prétorien. — 3. L'art de tourner les principes : rôle des fictions et simulations dans l'évolution du droit romain. — 4. La négation du droit spontané et l'ankylose du droit romain. — 5. Les institutions juridiques de Rome, produit de l'histoire.

§ II. LE KORAN ET LES TRANSFORMATIONS CLANDESTINES DU DROIT MUSULMAN. — 1. Réforme du droit par la falsification des textes. — 2. Comment les jurisconsultes musulmans ont fait parler Mahomet législateur. — 3. Réhabilitation inavouée de la coutume. — 4. Les quatre interprétations orthodoxes des textes sacrés.

§ III. LE JUGE LÉGISLATEUR EN ANGLETERRE ET LE TRADITIONNALISME ÉVOLUTIF DU DROIT ANGLAIS. — 1. Le corps du droit coutumier anglais : un droit caché dans « le sein » des magistrats. — 2. Culte perpétuel des précédents judiciaires. — 3. Évolution jurisprudentielle d'une coutume théoriquement immuable. — 4. Le juge anglais et les statuts du Parlement.

Le respect absolu des règles du droit consacré est pour le magistrat la première des vertus professionnelles : c'est pourquoi le trait caractéristique de la jurisprudence, considérée comme source de droit, est de placer autant que possible les plus

audacieuses de ses innovations sous le pavillon régulier de la loi ou de la coutume. Ce respect nominal a pour but de sauvegarder l'autorité morale du droit consacré, sans empêcher cependant l'adaptation progressive de ses formules aux nécessités pressantes de l'évolution sociale.

Il est en effet curieux de noter, en même temps que l'importance indéniable des résultats acquis par la jurisprudence, les voies obliques, les détours ingénieux par lesquels elle est parvenue, sinon à éliminer, du moins à neutraliser certaines règles du droit consacré, sans jamais les attaquer de front.

Et c'est précisément parce que l'action de la jurisprudence, bien loin d'être systématique, semble toujours plus ou moins inconsciente, et s'efforce de rester invisible, qu'elle constitue, dans les pays où on a essayé de cristalliser les règles du droit dans un moule unique, et régulier, la manifestation la plus certaine de la vie spontanée du droit, la preuve la plus décisive de l'évolution en quelque sorte incoercible des institutions juridiques.

§ I

L'ÉVOLUTION DU DROIT ROMAIN, ET LA PRATIQUE JUDICIAIRE.

On a longtemps regardé le droit romain comme une législation modèle, construite d'un seul jet,

et condensant en des formules lapidaires, et définitives la moëlle des principes juridiques : merveilleux instrument de déduction rationnelle, assez parfait pour dicter au magistrat, avec une précision véritablement scientifique, la solution juridiquement indiscutable de tous les procès !

Mais, en réalité, le droit romain n'est pas l'œuvre d'un législateur de génie, ayant embrassé, d'un coup d'œil large et pénétrant, l'ensemble des relations humaines pouvant tomber sous l'empire du droit, et leur ayant pour toujours donné des règles inflexibles : nulle part, au contraire, plus qu'à Rome, le droit sanctionné par la pratique judiciaire n'a aussi largement dépassé, aussi fortement contredit le droit expressément écrit dans les textes législatifs.

1. — Par un singulier paradoxe, cette action profonde de la jurisprudence sur le développement du droit romain, bien loin d'impliquer le mépris de la tradition législative, a eu pour cause la vénération même professée par les romains à l'égard des premiers monuments de leur droit écrit : comme les vieux textes, dans leur pensée, devaient avoir tout dit, et tout prévu, c'est en eux qu'ils allaient toujours chercher l'inspiration juridique. Mais cette vitalité indéfinie, attribuée avec obstination à un ensemble d'institutions juridiques élaborées, avec

des concepts rudimentaires, pour une société encore barbare, était apparente et illusoire : la vérité est que de l'antique loi des XII Tables, les interprètes savaient déduire des solutions pratiques et élégantes, qui n'y étaient certainement pas contenues, même d'une manière virtuelle, et lorsque, tout au contraire, ils se heurtaient à une prescription positive, devenue pour les relations sociales, par l'écoulement même du temps, une gêne croissante, ils cessaient progressivement de la voir, par une sorte d'aveuglement utilitaire.

L'*interprétation* des pontifes, qui furent à Rome les premiers jurisconsultes, et dont l'avis liait le magistrat, a été un véritable mode de *formation* du droit. Investis d'un monopole, soustraits à tout contrôle, ils donnaient leur sentence, comme la preuve irrécusable de l'existence et du contenu de la loi sacrée, ignorée des profanes. L'obscurité de la loi des XII Tables, indéchiffrable hiéroglyphe aux yeux du vulgaire, la concise simplicité des lois votées par le peuple sur certains points ayant soulevé l'intérêt direct de la foule, rendaient particulièrement facile cette interprétation *créatrice* : le texte, en somme, donnait simplement une orientation à la jurisprudence.

Après la divulgation, par un scribe indiscret, des archives du Collège des pontifes, la jurisprudence, émancipée de la tutelle religieuse, continua à éla-

borer, en l'absence de lois nouvelles, un droit nouveau, dont elle trouvait les éléments, soit dans le sentiment populaire, se traduisant de lui-même en coutumes plus ou moins claires, soit dans les libres spéculations de la science juridique.

Pour les Romains, le droit des jurisconsultes était un *droit fictif*, parce qu'il n'était pas l'exacte expression du droit légal : mais n'était-ce pas en réalité *le vrai droit*, puisque, passant dans la pratique judiciaire, il devenait le droit effectivement appliqué ?

2. — Le progrès juridique, à Rome, a reçu son impulsion la plus vigoureuse d'un rouage original de l'organisation judiciaire : le prêteur. En rivalité avec le droit proprement légal, *le prêteur a créé le droit prétorien*: c'est, d'un mot, définir dans toute l'étendue de ses résultats, l'œuvre de ce magistrat.

En termes généraux, on peut dire que, chez les Romains, le droit du législateur n'ayant pas suivi d'un pas suffisamment alerte l'évolution des mœurs, s'est laissé distancer par le droit du magistrat, et que l'immutabilité des textes, au lieu d'aboutir à la stagnation du droit, a simplement entraîné, sur beaucoup de points, la scission très nette des règles théoriquement maintenues et des prescriptions effectivement sanctionnées.

Le préteur n'avait pas qualité pour transformer le droit consacré par l'abrogation des règles anciennes, ou la création de règles nouvelles; mais, par une série de procédés indirects, dont l'étude détaillée, si vivement intéressante soit-elle, échappe, à raison de son caractère technique, au cadre de cet ouvrage, il est parvenu à faire subir au droit romain un travail constant et profond de rénovation et de perfectionnement; il a su, non d'une manière brutale et soudaine, mais par un long et patient processus historique, compléter, retoucher, refondre, élargir l'œuvre fruste du législateur primitif. L'ingénieuse multiplicité des véritables « trucs » dont il a usé dans ce but demanderait un examen approfondi : quelques exemples très simples, et très caractéristiques suffiront à en faire saisir l'esprit et l'utilité.

Si tel justiciable était tenu d'un engagement pleinement valable d'après les termes rigoureux du droit civil, mais uniquement contracté sous l'influence de manœuvres frauduleuses, le préteur en magistrat respectueux de la légalité, se gardait de méconnaître expressément, malgré son incontestable iniquité, la force obligatoire de ce lien juridique. Mais si le créancier voulait agir en justice, il se voyait repousser par une *exception de dol*, arme de procédure purement défensive, dont son adversaire avait été muni par le préteur; le

préteur ne niait pas la créance, seulement il donnait au débiteur le moyen de la paralyser indéfiniment. En termes vulgaires, le créancier restait créancier, mais le débiteur ne payait jamais sa dette: adroite et nécessaire conciliation du droit et de l'équité !

La législation primitive de Rome avait posé en matière successorale des principes que tout le mouvement des mœurs et de la jurisprudence devait tendre à saper de la manière la plus complète: liberté testamentaire sans limites, dont le père pouvait user pour dépouiller ses fils, même s'ils avaient largement contribué à enrichir la communauté familiale, formalités symboliques et compliquées, devenues rapidement inutiles et surannées, mais dont l'omission, dans la rigueur du droit pur, avait pour effet malheureux d'entraîner la nullité du testament. Obéissant à l'impulsion très nette de l'opinion publique, le préteur en arriva progressivement à organiser tout un système de succession, parallèle à celui du droit civil. Certes, si quelqu'un invoquait, pour recueillir une succession, un testament nul, le préteur ne se reconnaissait pas qualité pour lui attribuer, en termes explicites, le titre d'héritier légal; seulement il lui donnait la possession des biens du défunt. L'héritier de fait n'était pas héritier, au point de vue du droit strict, mais c'était lui qui héritait! La loi

traditionnelle était-elle violée? Il est plus exact de dire qu'elle était neutralisée.

Il a fallu au droit romain un long effort pour arriver à cette idée, si familière aux juristes modernes, que l'accord des volontés, en dehors de toutes formalités symboliques ou solennelles suffisait à créer entre les parties un lien pleinement obligatoire; le préteur a, pour une large part, contribué à cette évolution, et il avait fini, dans le dernier état du droit, par donner une sanction à tout pacte librement intervenu. Mais à ces contrats véritables, on refusait le nom de contrats, jalousement réservé aux conventions reconnues et sanctionnées par l'ancien droit civil : platonique hommage à la législation primitive!

3. — Nul droit, plus que le droit romain, n'a donné l'exemple d'une législation perpétuellement contrainte, par nécessité pratique, à tourner ses propres principes pour n'avoir pas à les renier; sans doute, le mouvement tournant achevé, une règle nouvelle était née, et quoique privée d'état civil, se substituait au principe légitime, mais sans le dire et sans l'avouer.

Ainsi, pour briser le testament d'un père qui avait déshérité ses enfants, conformément au vieux droit, mais contrairement aux mœurs nouvelles, on considérait le testateur comme dément,

même s'il était parfaitement sain d'esprit. Fiction.

Pour permettre à un petit enfant, encore à la mamelle, de recueillir une succession par un acte personnel de volonté, on lui faisait casser une petite branche d'arbre : on se conformait ainsi au principe d'après lequel on ne pouvait se faire représenter pour les actes juridiques, et qui par conséquent interdisait au tuteur de parler au nom de son pupille. Fiction.

Pour échapper à la nécessité des solennités légales de la stipulation, mode normal de s'obliger endroit romain, on en constatait l'accomplissement imaginaire dans un écrit; et cet écrit liait les parties par la communauté du mensonge. Fiction. Et fiction si bien enracinée dans l'esprit des juristes que les scribes du moyen âge, en France, dans les provinces qui vivaient sous la législation romaine, continuaient par habitude à ajouter dans les contrats la formule constatant une stipulation solennelle, purement illusoire.

C'est dire que la simulation a été à Rome un instrument précieux de progrès juridique.

Pour étendre au delà de leur portée primitive certaines règles trop étroites ou pour soustraire certains cas à leur application, les parties supposaient volontiers comme accompli tel fait qui ne l'avait pas été réellement et comme existante telle situation qui n'avait jamais existé.

Et la pratique judiciaire venait donner la consécration des pouvoirs publics à l'initiative illégale des intéressés.

Comment d'ailleurs les particuliers, sans recourir à la fiction auraient-ils pu concilier l'évolution des mœurs avec la fixité de la loi?

Ne voulant pas changer le droit, les Romains se trouvaient fatalement portés, pour cause d'utilité sociale, à dénaturer les faits, et, comme le droit refusait de se modeler rapidement et exactement sur les mœurs, les mœurs devaient naturellement, avec la collaboration de la pratique judiciaire, se faire à elles-mêmes leur part.

4. — Mais il vint à Rome une époque où l'État s'efforça de tarir définitivement toutes les sources spontanées du droit, afin d'assurer dans l'avenir la permanence d'une législation considérée comme parfaite, et ne pouvant être modifiée désormais que par la volonté libre et arbitraire du législateur même : les clauses d'année en année élaborées par le préteur, furent condensées dans un texte unique et perpétuel ; on limita l'influence morale et scientifique des jurisconsultes, en soumettant la pratique judiciaire à l'autorité absolue d'interprètes spécialement agréés, au respect formel des seuls commentaires officiellement reconnus.

En un mot, la volonté souveraine de l'Em-

pereur devait rester l'unique source du droit.

C'est alors que le droit romain, émigrant à Byzance avec les Empereurs, commence à parler grec, c'est alors que la codification, entreprise et menée à bonne fin par Justinien, vient en achever la fixation.

Mais cette fixation entraîne une véritable ankylose des institutions juridiques : la science des jurisconsultes et la pratique judiciaire, en même temps frappées de stérilité, n'accomplissent plus leur œuvre d'adaptation, et d'élargissement du droit.

C'est la décadence romaine : toute la société absorbée dans l'État, tout le droit enfermé dans la loi, et le droit cessant d'évoluer, parce que la société cesse de vivre.

5. — Les progrès de l'érudition moderne nous ont montré le véritable caractère des institutions juridiques de Rome : elles sont, comme on l'a dit, un pur produit de l'histoire, et c'est avec les éléments fournis par l'histoire que la spéculation rationnelle, par une mise en forme, qui ne doit en aucune manière faire illusion sur le fond, a édifié le monument géométrique dont Leibnitz a pu dire qu'il était construit suivant la rigueur des principes mathématiques.

On pourrait beaucoup mieux comparer le droit romain à un arbre rustique, poussé dans le sol

rocailleux et ingrat de la Rome primitive, et dont les magistrats et les jurisconsultes, s'appliquant, en habiles jardiniers, à élaguer les branches mortes, et à faire jaillir, par des greffes appropriées, des frondaisons nouvelles, ne sont pas cependant parvenus à déguiser aux yeux de l'historien averti les nodosités, les cicatrices, les irrégularités qui en révèlent la vie accidentée, le développement lent, pénible, et comme *instinctif.*

Nous chercherons à expliquer, dans la seconde partie de cet ouvrage, comment le droit national d'une société morte a pu être si longtemps considéré comme le prototype d'une législation universelle et immortelle. Nous devons ici noter le singulier paradoxe en vertu duquel, dans les pays même où l'on admet de la manière la plus absolue la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, et la subordination étroite de celui-ci à celui-là, c'est l'enseignement du droit romain qui sert à aiguiser l'esprit juridique des futurs magistrats, au risque de leur apprendre, par l'exemple du prêteur, que respecter profondément la loi ne veut pas toujours dire l'appliquer rigoureusement; car le préteur, par la hardiesse et le succès de ses innovations, est resté *le type du magistrat législateur*, et tout droit élaboré par la jurisprudence se voit encore attribuer, en souvenir de son œuvre, le nom de droit prétorien.

§ II

LE KORAN, ET LES TRANSFORMATIONS CLANDESTINES DU DROIT MUSULMAN.

Théoriquement, toutes les règles appliquées aux justiciables par les cadis musulmans dérivent, par une filiation directe ou indirecte, des textes sacrés du Koran, ou, du moins, ne doivent être, en aucun cas, contraires à leurs dispositions : le monde musulman s'accorde à voir dans la loi du prophète la source vénérable et suprême du droit.

Mais le droit musulman, qui devrait être tout entier dans le Koran, est, en réalité, presque tout entier dehors ; les sociétés musulmanes, si lente et si insensible que soit chez elles l'évolution économique et intellectuelle, n'ont pu cependant vivre indéfiniment sous l'empire d'un droit immuable. Aux juristes musulmans, comme aux juristes romains, le même problème s'est posé, à peu près dans les mêmes termes : concilier avec la permanence d'un droit écrit les exigences variables de la vie sociale ; comme les juristes romains, ils en ont trouvé la solution approximative dans l'interprétation même des textes du droit consacré : interprétation extensive et créatrice dans ses effets réels, quoique littérale et déductive dans son principe avoué.

Cette adaptation de la loi aux mœurs était à la fois d'autant plus difficile et d'autant plus nécessaire qu'aucune autorité humaine n'avait qualité pour apporter au livre d'Allah des modifications expresses, et que les règles du droit musulman, par leur origine surnaturelle, avaient, aux yeux des fidèles, la valeur absolue et définitive de dogmes révélés.

1.— La pensée juridique de Mahomet législateur, s'exprimant en versets pieusement recueillis par ses compagnons, a subi une première série de déformations par les copies successives qui furent prises, pour être répandues à travers l'Islam, sur le texte primitif du Koran, rédigé lui-même après la mort du prophète.

Ces déformations, allant de l'erreur matérielle ou du contre-sens involontaire jusqu'au faux systématique, ne tardèrent pas à compromettre l'unité de la loi islamique : il devint urgent, pour la rétablir, de procéder sans délai à une nouvelle rédaction des textes, seconde version encore admise de la parole inspirée de Mahomet.

Mais la falsification des textes, par des corrections tendancieuses, ou d'adroites interpolations, est restée un des moyens favoris dont usèrent les jurisconsultes traditionnalistes pour s'évader d'une loi intangible, et y faire pénétrer, par une fissure

inaperçue, le minimum des innovations nécessaires.

Ainsi, de pieux compilateurs de notre Moyen Age, par une mystification pleinement couronnée de succès, devaient travailler à corriger et le droit canonique, par de fausses « décrétales » attribuées aux papes, et le droit laïque, par de faux « capitulaires » mis au compte des monarques francs.

Souvent, on a vu dans l'histoire le droit évoluer par le faux, comme par la fiction, lorsqu'il ne lui était pas permis de se transformer à ciel ouvert.

2. — Ne pouvant, comme le prophète, demander à Allah lui-même de compléter ou de modifier par de nouveaux oracles les dispositions premières de la loi sacrée, les jurisconsultes musulmans sollicitèrent doucement la pensée de Mahomet; par l'obscurité pompeuse et imagée de son style, le caractère fragmentaire, incohérent, et parfois contradictoire de ses dispositions, le Koran se prêtait largement aux jeux d'une dialectique utilitaire. On attribuait à tel verset une valeur purement morale et religieuse, afin de lui refuser la sanction judiciaire; on mettait en opposition deux versets, dans le but d'annuler ou d'amender celui-ci par celui-là; ou bien encore, suivant une tactique empruntée aux jurisconsultes israélites, on allait jusqu'à supposer dans le texte sacré un principe qui n'y était

pas, afin d'ébranler l'autorité d'un principe qui s'y trouvait certainement ; en un mot, pour faire entrer dans la loi le courant du droit spontané, on combattait la loi par la loi même.

Bien plus, si Mahomet n'avait rien dit, les jurisconsultes, inspirateurs des cadis, s'efforçaient de deviner ce qu'il avait sous-entendu ; de chaque acte de Mahomet, on déduisait des enseignements juridiques, on présumait son approbation tacite aux actes ou aux paroles de ses compagnons, s'il ne les avait pas explicitement blâmés, et le silence du prophète devenait en quelque sorte une source de droit... Cette fausse monnaie juridique, sur laquelle on frappait l'image de Mahomet, avait un cours d'autant plus facile et d'autant plus rapide qu'elle répondait à un besoin profond des sociétés musulmanes.

Ainsi se superposa au Koran, sous le nom de « Sounnah », une seconde couche d'institutions juridiques, très modernes dans leur fond, malgré leur apparente filiation traditionnelle, car la tradition orale avait autorisé le souvenir infidèle et l'oubli intelligent.

Toute règle avait certes dans le passé ses répondants qualifiés : mais on les avait quelquefois inventés.

3. — La « Sounnah », qui avait permis d'éli-

miner dans une certaine mesure le poids mort des règles surannées, devint elle-même, lorsqu'elle fut en quelque sorte figée dans les ouvrages des jurisconsultes, un nouvel obstacle au progrès juridique.

On songea alors à réhabiliter la coutume, en supposant que la pratique même de la société islamique avait, en l'absence de tout texte ou de toute tradition orale, perpétué dans les faits la volonté oubliée du prophète : c'était, par une fiction hardie, rétablir clandestinement le droit des mœurs contre le droit du législateur.

Cette troisième couche d'institutions juridiques, plus étrangère encore au droit de Mahomet, vint, comme la « Sounnah », s'inscrire en formules dans les traités des jurisconsultes : et c'est dans ces traités, non dans le Koran lui-même que cadis et muftis essaient de trouver aujourd'hui les éléments de leurs décisions judiciaires.

Pas plus que le droit du préteur romain, le droit du cadi musulman n'est donc la pure et simple transcription des règles du droit consacré.

N'est-il pas intéressant de constater que le plus grand jurisconsulte musulman, Abu-Hânifa, est celui dont les commentaires ont le moins rigoureusement interprété les prescriptions juridiques du Koran ? Cependant, le Code civil ottoman, ce n'est pas le Koran même, dans sa lettre ou dans

son esprit, c'est la doctrine, mise en forme législative, d'Abu-Hânifa, et de ses disciples.

4. — Voilà pourquoi le gouvernement général de l'Algérie, ayant procédé à une enquête en vue d'une codification des lois musulmanes, s'aperçut qu'il existait en réalité, non pas un, mais plusieurs droits musulmans.

Du tronc unique du Koran se sont détachées des branches sensiblement divergentes, des législations secondaires, localisées dans les diverses parties de l'Islam, et, pour éclairer la conscience des cadis sur le sens des textes sacrés, il n'existe pas moins de *quatre* interprétations orthodoxes...

Malgré le respect superstitieux accordé par les juges musulmans aux œuvres des jurisconsultes autorisés, la fécondité de la pratique judiciaire, si elle s'est ralentie, n'a pas entièrement disparu; en Algérie, en Tunisie, en Égypte, partout où les musulmans subissent l'influence de la civilisation il se forme des usages judiciaires venant se substituer à certaines dispositions du droit consacré, devenues lettre morte.

Ainsi, ni l'esprit conservateur des sociétés musulmanes, imposant aux jurisconsultes par la force du préjugé séculaire le rattachement artificiel des coutumes nouvelles à la loi sacrée, ni la timidité des cadis, auxquels la tradition refusait le droit

de juger par induction, même au risque de renvoyer les plaideurs sans statuer, n'ont suffi à prévenir la dénaturation du droit légal par le droit judiciaire, nécessaire pour adapter à une société qui changeait peu une loi qui ne changeait pas.

Grâce à cette évolution, le croyant contemporain, dans la pleine sécurité de sa conscience religieuse, peut fonder une société en commandite commerciale sous l'inspiration de Mahomet.

§ III

LE JUGE LÉGISLATEUR EN ANGLETERRE ET LE TRADITIONNALISME ÉVOLUTIF DU DROIT ANGLAIS.

C'est un fait incontestable et incontesté que, pour une large part, et sans doute pour la meilleure, le droit anglais est un droit élaboré par le juge : *a judge-made law*.

Mais de ce fait, on ne saurait en aucune manière induire que l'action des tribunaux sur l'évolution du droit, ailleurs tortueuse et souterraine, se soit exercée en Angleterre avec la franchise d'une collaboration régulière. Car, suivant les expressions mêmes d'un auteur britannique, « la fonction d'un tribunal, en Angleterre, est essentiellement de statuer, d'après les principes légaux

sur les espèces particulières... : le tribunal interprète la loi, il ne la fait pas ».

Comment donc a pu naître et se développer, en Angleterre, « la loi faite par le juge » ?

1. — Le fonds traditionnel du droit anglais, ce n'est pas la loi écrite, c'est la coutume immémoriale, et c'est dans la coutume que le juge anglais, en l'absence d'un texte voté par les assemblées parlementaires, doit aller chercher la règle applicable aux faits de la cause. Cette règle existe quelque part; c'est admis ou on le suppose. Dès lors, si on la cherche, comment pourrait-on ne pas la trouver? C'est une question de science ou de patience.

Mais, en vérité, suivant les expressions du célèbre jurisconsulte Summer-Maine, le corps du droit coutumier anglais, pris dans son ensemble, n'a jamais existé que « dans les nuages », ou « dans le sein » des magistrats; pour les profanes, il n'a cessé d'être inconnu et inconnaissable.

Ainsi, la coutume immémoriale, s'exprimant par l'organe de magistrats personnellement faillibles, donne à leurs décisions l'obscure puissance du mystère; le juge anglais, a dit Blackstone, est le vivant oracle de la coutume, dont sa décision suffit à prouver, de manière authentique, l'existence et le contenu.

2. — N'est-ce pas laisser aux tribunaux la liberté de consacrer dans leurs jugements les éléments d'une pratique sociale en incessant devenir, c'est-à-dire de faire et de défaire au jour le jour les règles du droit, d'après les mouvements mêmes de la vie et de l'opinion?

Il n'en est rien. Car, dès que le juge a statué, il est lié pour l'avenir, et se condamne pour ainsi dire *à perpétuité* à l'observation rigoureuse, dans tous les cas semblables ou analogues, de la règle une fois révélée.

Le respect des précédents judiciaires n'est pas en Angleterre un simple sentiment, c'est un principe expressément reconnu et d'ailleurs uniquement formulé par le juge lui-même. Afin de n'avoir pas un droit fluide au point d'être insaisissable, les Anglais ont été conduits à admettre par une véritable négation de l'évolution sociale, l'immobilité indéfinie de la coutume, et par voie de conséquence, à pratiquer de façon systématique le culte superstitieux des précédents judiciaires; même absurde, même injuste, le précédent fait loi, parce que le précédent exprime la coutume et que la coutume ne saurait être changée par le juge.

Ce mécanisme juridique semble bien exclure toute idée de transformation, et cependant le droit anglais a évolué; il a, peut-on dire, sans cesser de nier le mouvement, marché d'un pas

lent mais continu et s'il est dans la forme très archaïque, il est dans le fond beaucoup plus moderne.

3. — Le droit commun ou *common law* dont le juge anglais doit respecter les prescriptions, où est-il ? Nulle part, si ce n'est dans la jurisprudence : c'est pour ainsi dire une poussière de législation éparpillée dans les arrêts de justice.

Le droit coutumier anglais s'est précisé et fixé dans la pratique judiciaire, au moyen âge, sous la forme de règles fragmentaires, répondant aux idées et aux besoins du milieu féodal et c'est ce corps perpétuel de règles coutumières judiciairement constatées qui régit encore officiellement l'Angleterre contemporaine.

Mais la société féodale, profondément transformée par l'évolution économique, ne pouvait indéfiniment se survivre dans ses formules juridiques ; le milieu social devait réagir contre l'amalgame en apparence solidifié connu sous le nom de *common law*.

Le Chancelier, qui présidait à l'administration de la justice, s'efforça de tempérer les rigueurs du droit strict et les Cours d'*equity*, se développant à côté des Tribunaux de *common law* furent les organes très actifs de ce besoin nouveau.

Sans doute, suivant une méthode qui paraît

bien être la méthode même du progrès en Angleterre, il n'y eut pas *substitution radicale*, mais seulement *superposition progressive* de la jurisprudence des Cours d'équité à la jurisprudence des Tribunaux de droit commun; si l' « équité », seconde stratification jurisprudentielle, marquant une nouvelle étape de l'évolution sociale en Angleterre a fini par supplanter le vieux droit coutumier, c'est toujours sous prétexte de le suivre et de le compléter.

Ne fallait-il pas éviter en effet de battre en brèche ostensiblement le principe essentiel d'après lequel le juge, s'il constate souverainement la coutume, n'a pas le pouvoir de la réformer?

En fait, la jurisprudence n'en a pas moins largement suppléé, comme instrument de progrès juridique, à l'inertie législative du Parlement. C'est ainsi que les Cours d'équité sont parvenues à tourner les règles surannées qui attribuaient aux maris la propriété absolue ou l'administration discrétionnaire des biens apportés par leur femme.

Combien de fois le législateur anglais n'a-t-il pas reconnu l'utilité des innovations jurisprudentielles, en leur donnant la consécration d'un statut voté par le Parlement!

4. — La participation du juge anglais à l'évolution du droit semble être devenue aujourd'hui moins nécessaire, à raison de l'activité croissante du légis-

lateur, succédant à sa paresse traditionnelle. Il s'en faut de beaucoup cependant que l'effort séculaire de la jurisprudence soit au moment de prendre fin.

Equity et *common law* ayant, par la superstition des précédents judiciaires, acquis la fixité d'un véritable *droit écrit*, paraissent constituer un bloc intangible pour le juge contemporain, sinon pour le législateur. Mais les précédents judiciaires sont très nombreux, très spéciaux, souvent obscurs et parfois contradictoires; il en est même d'incompréhensibles à raison de leur antiquité. Comme on l'a dit en termes spirituels, les recueils d'arrêts et jugements sont une boîte de Pandore, d'où peut subitement jaillir, comme un diable venant donner victoire à la mauvaise foi, un précédent oublié ou d'abord inaperçu. S'il n'existe pas un arrêt de la Cour suprême, rendu sur un cas concret exactement semblable à l'espèce nouvelle, il est difficile de prévoir avec une certitude scientifique la décision du juge contemporain. Or, y a-t-il jamais deux espèces identiques?

S'il est vrai que le droit anglais soit devenu par la multiplicité de ses origines une sorte d'énigme, il est permis de croire que le juge anglais, dont le sens pratique est connu, en demande la solution aux inspirations de la société moderne, sans évoquer du fond des âges la mémoire honorable de ses prédécesseurs disparus.

Summer-Maine l'avait remarqué : si la coutume anglaise est légalement immobile, elle est si vague que le droit peut évoluer *autour* des arrêts qui l'ont consacrée.

D'autre part, même à l'égard des statuts votés par les Chambres, la jurisprudence anglaise n'est pas restée inactive; les lois parlementaires, a observé le jurisconsulte contemporain Dicey, ont quelquefois reçu d'elle *la moitié* de leur signification... La loi s'applique *through judges and lawyers*, à travers les juges et les jurisconsultes.

« L'histoire de notre législation immobilière, a écrit F. Pollock dans son ouvrage sur le *Droit de la Terre*, est l'histoire des fictions et subterfuges juridiques contre lesquels le législateur s'est en vain efforcé de tenir pied jusqu'à ce que leurs résultats aient bon gré mal gré fini par être acceptés comme un élément stable de la loi elle-même. »

En résumé, le juge anglais est à la fois prisonnier des précédents judiciaires et des textes législatifs: *double négation* de la vie spontanée du droit, mais a-t-elle empêché le droit de vivre, par l'action de ce juge lui-même?

CHAPITRE II

L'action novatrice de la jurisprudence française.

§ I. La logique judiciaire et l'interprétation automatique des textes. — 1. Hostilité traditionnelle contre le juge législateur. — 2. Conception mathématique de l'interprétation des lois.

§ II. La casuistique judiciaire et le sens évolutif des lois. — 1. L'illusion de tirer tout le droit de la loi. — 2. Le double sens des textes : sens historique et sens logique. — 3. La combinaison des articles. — 4. Le jeu des principes. — 5. Le juge, législateur malgré lui.

§ III. La jurisprudence initiatrice du droit nouveau : exemples tirés de l'évolution du droit français.

A Rome, dans les sociétés musulmanes ou en Angleterre, la participation de la jurisprudence à l'élaboration du droit semble tout à fait légitime, parce qu'elle était nécessaire.

Mais s'il est un pays où de prime abord l'action novatrice des tribunaux apparaisse à la fois comme théoriquement condamnable, et pratiquement inutile, c'est la France contemporaine : théoriquement condamnable, car il est en France un légis-

lateur pour légiférer, pratiquement inutile, car le législateur français, dans la rapide succession des régimes politiques, a toujours fait preuve d'une activité croissante.

Or, si l'on étudie l'histoire du droit français, non pas dans le *Bulletin officiel des Lois*, mais dans les *Recueils périodiques d'arrêts*, on peut constater que cette action, loin d'être nulle ou négligeable, a été, et reste chez nous très certaine et très considérable.

En France, patrie élective de la loi claire, et progressive, la jurisprudence, source antique et naturelle du droit, continue à couler sans bruit, et si notre législation a évolué, c'est le plus souvent en s'engageant derrière elle sur le chemin peu à peu dessiné par la série concordante des décisions judiciaires.

L'œuvre de la jurisprudence française achève ainsi de démontrer que l'action novatrice de la pratique judiciaire n'est pas seulement un remède de fortune à un état pour ainsi dire pathologique du droit consacré, mais constitue en réalité pour le législateur une collaboration utile, et d'ailleurs inévitable, résultant des exigences de l'évolution juridique dans ses rapports avec l'évolution sociale.

§ I

LA LOGIQUE JUDICIAIRE ET L'INTERPRÉTATION AUTOMATIQUE DES TEXTES.

1. — La crainte de voir le juge empiéter sur les attributions du législateur, et contredire la loi sous prétexte de l'interpréter a été poussée en France jusqu'à une véritable obsession.

Contre une magistrature indépendante par la vénalité des charges, la royauté avait essayé de garder pour elle-même le droit exclusif d'éclairer en cas de doute le sens de ses ordonnances.

Contre la magistrature réorganisée, la Révolution française, persistant dans une même inquiétude, posa nettement le principe qu'il appartenait au législateur seul de donner aux difficultés soulevées par l'interprétation des textes législatifs une solution définitive. Et le Tribunal de Cassation fut créé, à côté de l'Assemblée législative et sous son contrôle, non seulement pour assurer l'unité nationale de la jurisprudence, mais encore pour défendre strictement l'intégrité de la loi contre les sollicitations possibles d'une pratique judiciaire trop rapprochée des faits pour ne pas s'écarter insensiblement du droit.

« Dans un État qui a une législation, s'écriait

Robespierre, la jurisprudence des Tribunaux n'est autre chose que la loi. »

Si le législateur français a finalement consenti à reconnaître le caractère souverain de l'interprétation judiciaire, c'est que l'expérience avait démontré l'incapacité de toute autre autorité à développer le sens des lois dans leur application aux questions particulières; ainsi la force des choses plus que la volonté délibérée du législateur a soustrait la Cour suprême à la tutelle interprétative des Assemblées parlementaires, puis du Conseil d'État, organe gouvernemental.

2. — Le juge français, traditionnellement exposé à la défiance des pouvoirs publics, ne devait-il pas naturellement s'efforcer de limiter sa mission à l'exégèse prudente des textes législatifs ?

Un logicien éminent, M. Liard, a dit : « Le droit, c'est la loi écrite.... Les articles du Code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison, et de tirer les conséquences. Le juriste pur est un géomètre : l'éducation purement juridique est purement dialectique. La grande affaire du magistrat ou de l'avocat est de débrouiller le lacis des affaires et d'en rattacher les éléments à telle ou telle des règles posées par les lois. C'est la résolution d'un problème ».

Cette conception mathématique de l'interpréta-

tion des lois, infiniment séduisante par la simplicité apparente de son mécanisme et le caractère logiquement infaillible de ses solutions, permet au juge de s'effacer entièrement derrière la volonté du législateur. Elle répond ainsi à une préoccupation essentielle du régime démocratique ; Montesquieu l'avait écrit au livre VI de l' « Esprit des Lois » : « Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi. »

Mais cette méthode purement déductive, si parfaite soit-elle au point de vue rationnel, comme au point de vue politique, n'a pas été rigoureusement appliquée, parce qu'elle n'était pas rigoureusement applicable : c'est une belle façade derrière laquelle s'est développée en France comme en Angleterre, « une loi faite par le juge ».

§ II

LA CASUISTIQUE JUDICIAIRE ET LE SENS ÉVOLUTIF DES LOIS.

Les dogmes religieux sont par définition établis pour l'éternité, mais dans toute religion on constate un effort pour accommoder au niveau moyen des consciences les commandements irréalisables des livres sacrés : c'est la *casuistique*, indispen-

sable expédient qui permet d'assouplir la loi par la considération subtile des espèces...

Si la casuistique, en dehors de la religion, n'a jamais été ouvertement organisée, elle a été de tout temps pratiquée par les juristes : n'est-ce pas, à proprement parler, par la casuistique que la loi des XII Tables à Rome, la loi du Prophète chez les musulmans, la loi de Moïse chez les israélites, ont si longtemps conservé une vitalité artificielle?

Aussi bien la casuistique judiciaire est-elle fille de la casuistique religieuse, car le droit a partout commencé par être une partie de la religion : cette commune origine expliquerait dans une certaine mesure la similitude si remarquable de leurs procédés, si d'ailleurs théologiens et jurisconsultes, poursuivant des fins semblables dans des conditions analogues, n'avaient dû se rencontrer naturellement dans le choix des moyens.

1. — L'illusion du législateur est de créer tout le droit : elle entraîne l'illusion du juge, qui veut tirer tout le droit de la loi.

Dans une paraphrase de l'article 4 du Code civil, l'illustre jurisconsulte Proudhon écrivait en 1810 : « Il est défendu de *calomnier la loi* en refusant de juger sous prétexte qu'elle est silencieuse, obscure ou insuffisante ».

Mais pour ne pas calomnier la loi, le juge est

obligé de solliciter les textes : car la petite minorité des espèces qui se présentent dans la pratique a été *réellement* prévue par le législateur.

Voilà pourquoi la logique de la jurisprudence française s'est trouvée contrainte à se faire casuistique : unique moyen de faire jaillir des textes, par une sorte de « prestidigitation », suivant le mot du professeur Lambert, des règles adéquates aux hypothèses les plus variées, des principes appropriés aux espèces les plus inattendues.

2. — On peut aller jusqu'à dire que tout texte a deux sens, parce qu'il y a toujours deux manières de le comprendre.

Un *sens historique*, d'abord : celui que le législateur, à sa date, a entendu lui donner, sens bien souvent insaisissable d'ailleurs, car les travaux préparatoires, rapports ou discours, loin d'éclairer la pensée intime du législateur, ont pour effet ordinaire de jeter l'obscurité sur la lettre des textes : il arrive même à la loi mal rédigée de dire le contraire de ce que le législateur voulait dire ! Mais le sens historique n'en est pas moins le sens vrai de la loi, et, *par elle-même*, elle n'a pas d'autre vrai sens.

Seulement elle finit toujours par le perdre ; c'est simplement une question de temps. Isolée des conditions dans lesquelles elle a pris naissance, la

loi commence pour ainsi dire à vivre une vie indépendante de la volonté propre du législateur : elle devient peu à peu, suivant l'expression pittoresque de M. Gény, comme une « sorte d'outre vide que chacun remplit à son gré ». Il en est ainsi surtout lorsque l'exégèse la plus impartiale ne parvient pas à dégager avec certitude la signification exacte du texte législatif : comment le juge donnerait-il une interprétation vraie d'un texte qui n'en comporte aucune ?

Aussi bien une loi ne saurait-elle garder indéfiniment sa portée première lorsque tout change autour d'elle : les hommes, les choses, le juge et le législateur même. Des questions nouvelles se posent, les vieilles questions ne se posent plus de la même manière, et il vient un jour où l'application du texte ancien, dans son sens primitif, apparaît rationnellement comme une véritable impossibilité.

Une loi indéformable ne peut se concevoir que dans une société immobile.

On s'explique ainsi que le progrès de la jurisprudence ait souvent consisté à oublier le sens historique d'un texte pour lui reconnaître un sens propre et évolutif.

N'est-ce pas dire que le juge, quittant le terrain trop étroit des solutions effectivement voulues par le législateur, se reconnaît le pouvoir de faire

avec le même texte, une loi nouvelle et différente ? En aucune manière, car si le juge légifère, il se garde de légiférer *en son nom.*

Dans un discours éloquent prononcé au Centenaire du Code civil, le président de la Cour de cassation s'est écrié : « Le juge ne doit pas s'attacher obstinément à rechercher quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code,... il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux. »

Ainsi le juge évoque, comme une ombre familière, l'*Esprit du Législateur* et le Législateur, cette « personnalité imaginaire, mythique et permanente », dont parle le professeur Saleilles, vient docilement, en 1907, rectifier les prescriptions démodées qu'il avait édictées plus d'un siècle auparavant.

Métaphore ingénieuse qui légitime, en la déguisant, l'initiative hardie de la jurisprudence ! Utile fiction qui lui permet, sans remords et sans danger, de se substituer à l'initiative défaillante du législateur contemporain.

3. — Si tel article de loi, même interprété de la manière la plus libérale et la plus moderne, semble constituer encore un obstacle irréductible à une évolution désirable de la jurisprudence, tout espoir de progrès doit-il être abandonné ?

En aucune façon, car il est parfois possible par la combinaison savante d'articles séparés les uns des autres de corriger, sinon de faire entièrement disparaître, les conséquences trop rigoureuses de l'un d'entre eux : procédé courant de la pratique judiciaire.

Tel acte, en apparence prohibé, se trouve sauvé de la nullité s'il peut être décomposé en une série d'actes valables ; telle institution, oubliée ou méconnue par la loi, renaît sous un autre nom, et reçoit sous le couvert d'autres textes, des développements inattendus.

Toute disposition inédite, introduite dans la loi, peut devenir, par son retentissement jurisprudentiel sur l'interprétation des textes antérieurs, une source de rajeunissement pour l'ensemble du droit : voter un texte nouveau, c'est refaire un peu toute la législation. Un corps de droit possède une sorte de logique interne : lorsque plusieurs principes contradictoires coexistent en lui, il s'établit entre eux une lutte qui se termine par une conciliation, si la conciliation est possible, sinon par l'élimination des principes hétérogènes.

Bref, il est dans toute codification moderne un si grand nombre de prescriptions diverses par leur origine, leur inspiration ou leur but, qu'il est relativement facile de trouver parmi elles le « passeport » d'une innovation juridique, sans recourir,

comme on l'a dit à des prodiges d' « acrobatie » dialectique, à des artifices grossièrement visibles d'interprétation.

L'incohérence des lois fait pour une bonne part la liberté du juge...

4. — Lorsque la jurisprudence ne peut invoquer aucun texte à l'appui de ses solutions, elle cherche une direction dans la volonté *hypothétique* du législateur.

Le raisonnement par analogie et le raisonnement *a contrario* constituent des tentatives pour essayer de deviner une volonté que le législateur a négligé d'exprimer : on suppose que si sa pensée s'était portée sur telle question, il lui aurait logiquement donné telle solution.

Ainsi même lorsque la loi est muette, c'est encore elle qui paraît juger : fiction percée à jour par les savants travaux des Gény, des Lambert, des Saleilles.

Car le fait est que le législateur n'a pensé à rien et partant n'a rien voulu...

Tirer d'un principe consacré des conséquences trop lointaines, c'est s'exposer déjà à dépasser l'intention du législateur. N'est-ce pas risquer de la méconnaître que de faire sortir d'une disposition particulière, uniquement justifiée la plupart du temps par des motifs purement concrets, un prin-

cipe général et abstrait applicable à une série illimitée d'espèces nouvelles ?

C'est, peut-on dire, trop de logique, car, suivant une fine remarque de Tarde, le problème de l'évolution pour un corps de droit n'est pas seulement de s'accorder avec lui-même, mais encore de s'adapter à une société qui ne s'accorde pas toujours très bien avec elle-même.

Il est vrai que la logique judiciaire, s'exerçant sur des textes flous, multiples et de portée incertaine, se laisse orienter sans peine par de hautes considérations d'équité ou d'utilité sociale.

On raconte que les Romains, amis des pieuses supercheries comme des mensonges juridiques, savaient par d'adroites manœuvres obtenir des poulets sacrés de favorables auspices : n'a-t-on pas dit que les « principes » et les « théories » étaient les poulets sacrés du magistrat moderne? Non sans quelque exagération. Mais enfin, il est évident que la personnalité de l'interprète peut se manifester plus librement dans la discussion ample des principes que dans l'application terre à terre d'articles déterminés. On peut faire passer plus d'une courbe par trois points donnés; on peut faire concorder plus d'une théorie avec les articles du Code.

La vérité est que les théories, malgré leurs prétentions à l'absolu, sont dans le droit la partie la

plus relative et la plus passagère : quand on étudie leur genèse, on s'aperçoit qu'elles ont été construites dans un but pratique et se justifient surtout par leurs applications : la preuve en est qu'elles s'évanouissent assez vite, dès que l'on cesse d'avoir besoin d'elles.

5. — Un jurisconsulte éminent, M. Crépon, écrivait : « *Rien* ne doit être laissé à l'arbitraire du juge qui ne peut *jamais* statuer qu'en vertu d'une disposition *formelle* de la loi ».

Cette formule serait acceptable dans un État organisé suivant le type idéal, c'est-à-dire où l'organe législatif serait apte à faire des lois absolument claires, absolument précises, absolument complètes, où la « géométrie » légale contiendrait virtuellement dans ses théorèmes la solution mathématiquement exacte de tous les cas particuliers, où le législateur enfin, par un travail de retouche incessamment renouvelé sur toutes les parties du droit consacré, assurerait la mise au point immédiate des textes sur les faits.

... Mais comme l'organe législatif ne remplit jamais, et ne peut pas remplir dans l'intégrité parfaite de sa définition théorique, de sa conception rationnelle, la fonction de créer les règles du droit et que cette fonction doit être cependant remplie, le juge intervient comme une sorte de *législateur*

suppléant, et il intervient pour ainsi dire malgré lui, parce qu'il ne peut pas ne pas intervenir !

En résumé, le pouvoir de création ou de rénovation juridique qui appartient au juge vient de ce double fait :

1° Que le législateur n'a pas réglementé toutes les relations sociales pouvant donner lieu à débat judiciaire ;

2° Que la loi doit être interprétée en fonction de la société et que toute transformation dans le milieu social réagit nécessairement sur le sens et la portée des règles du droit consacré.

La loi, en un mot, est faite pour la société et non la société pour la loi.

§ III

LA JURISPRUDENCE INITIATRICE DU DROIT NOUVEAU : EXEMPLES TIRÉS DE L'ÉVOLUTION DU DROIT FRANÇAIS.

Retracer fidèlement l'œuvre de la jurisprudence française depuis le Code civil, ce serait à peu près écrire toute l'histoire du droit français. Il serait difficile, en effet, de trouver, soit dans notre Code un article important dont le sens n'ait été à quelque degré enrichi ou appauvri par l'interprétation judiciaire, soit dans la législation nouvelle un seul texte

capital dont les dispositions n'aient été annoncées par un mouvement de la jurisprudence.

Dans une intéressante étude publiée par la *Revue de Métaphysique et de Morale*, M. Winter a tenté l'application de l'*Algèbre logique* à la controverse judiciaire et nié par conséquent le rôle de l'expérience dans les raisonnements des jurisconsultes. Nous refusons d'admettre que l'algèbre puisse être pour la jurisprudence la méthode de l'avenir : il est certainement très heureux pour les progrès de notre droit qu'elle n'ait pas été celle du passé.

Savez-vous comment Portalis, dont l'esprit anime tout le Code civil, définissait l'assurance sur la vie? Un pacte odieux où la cupidité qui spécule sur les jours du citoyen est voisine du crime qui peut les abréger. La loi ne pouvait assurément songer à favoriser le développement d'une telle convention; bien plus, strictement interprétée, elle aurait pu l'empêcher. Lorsqu'un mari contracte une assurance en cas de décès au profit de sa femme, quelle est la nature de cette opération juridique? Une stipulation pour autrui, or la stipulation pour autrui est, en principe, interdite par notre Code. Cependant, au cours du XIXe siècle, l'assurance sur la vie, acte légitime de prévoyance, est devenu un contrat usuel, soumis à un ensemble de règles juridiques couramment pratiquées. Mais ces règles avaient

été progressivement établies par la jurisprudence. Le législateur est intervenu, un siècle après le Code, pour donner à l'assurance sur la vie une réglementation adéquate : il a pris à la jurisprudence son système. La défense de stipuler pour autrui est aujourd'hui une formule vide de sens : elle exprime, très exactement, le contraire de la vérité pratique.

Les rédacteurs du Code civil avaient pour ignorer la classe ouvrière une raison excellente, c'est que la classe ouvrière, née de la grande industrie, n'existait pas en 1804. Ni le travail servile, à Rome, ni le travail corporatif, sous l'Ancien régime, ne pouvaient léguer au travail libre une charte juridique. Pièce à pièce, la jurisprudence a constitué le droit du travail moderne et dans notre Code ouvrier, il est peu de dispositions qui n'aient conservé l'empreinte des solutions judiciaires, dont elles sont directement ou indirectement issues. Du rapprochement des arrêts, s'était dégagé, avant toute intervention parlementaire, une véritable réglementation du travail. Toutes les grandes lois, qui paraissent avoir apporté dans notre droit des innovations révolutionnaires, ne sont que la codification de nécessités sociales, nettement aperçues et juridiquement sanctionnées par les tribunaux : loi sur l'indemnité due à raison de la résiliation brusque ou intempestive du contrat de travail, loi

sur l'insaisissabilité des petits salaires, loi sur les accidents du travail.

Avant la loi de 1901, les associations reconnues d'utilité publique avaient seules, en vertu des textes, le droit de posséder, le droit de contracter, le droit d'ester en justice, en un mot la personnalité civile. Mais il était un grand nombre d'associations, ayant à défaut d'une reconnaissance d'utilité publique, par décret en Conseil d'État, bénéficié d'une simple autorisation de police. Refuser à ces associations, poursuivant la plupart un but d'intérêt général, l'individualité juridique, n'était-ce pas leur interdire toute action utile? On s'aperçut un jour, en fouillant les recueils d'arrêts, que la jurisprudence avait fini par la leur accorder.

Le développement rapide des valeurs mobilières n'avait pas été prévu par le Code Napoléon. Un tuteur, qui ne pouvait aliéner la plus mince parcelle d'une propriété immobilière, sans l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, disposait sans contrôle du portefeuille opulent de son pupille. Une solution très simple s'offrait, c'était d'étendre aux valeurs mobilières la nécessité d'une autorisation donnée par le conseil de famille ; mais la jurisprudence, après l'avoir adoptée pour ses avantages pratiques, fit amende honorable à l'égard du Code, et le législa-

teur fut obligé d'intervenir pour réprimer cet excès de légalité. La jurisprudence a été moins timide dans le domaine matrimonial, puisqu'elle a intelligemment adapté à la dot mobilière l'inaliénabilité instituée par la loi, afin de garantir contre le mari les immeubles de la femme.

La jurisprudence civile a eu, au jour le jour, à résoudre, en dehors de ces grandes questions, mille petits problèmes, amusants ou douloureux, nés de l'imperfection des lois.

Sans la jurisprudence, la femme d'un marin disparu dans un lointain naufrage aurait été condamnée, avant la loi de 1893, à un éternel veuvage, faute de pouvoir présenter un acte de décès régulier de son premier mari, et sous la menace d'encourir, en cas de second mariage, les peines sévères de la bigamie.

Sans la jurisprudence, avant une loi récente, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, le beau-frère et la belle-sœur, se mariant, en vertu d'une dispense légalement obtenue, n'auraient pu légitimer leurs enfants, irrémédiablement « incestueux », d'après la lettre des textes.

Sans la jurisprudence, les personnes, ayant de bonne foi traité avec l'héritier apparent d'une succession, auraient été soudain tenues, contre toute équité, aux restitutions les plus onéreuses, à l'égard de l'héritier réel, tardivement découvert.

Dans toutes les décisions judiciaires, qui ont tant bien que mal paré aux situations paradoxales involontairement créées par le législateur, les amis de la pure logique ne voient que le produit aléatoire de facteurs incohérents ; mais, en fait, même si les calculs sont faux, il convient de reconnaître que les solutions sont généralement exactes.

« Quelques tribunaux de commerce, écrivait, en 1888, M. Arthur Desjardin, dans un article sur la loi des faillites, ont imaginé de substituer, de temps à autre, à la procédure légale une sorte de faillite inoffensive où tout se négocie à la sourdine, et qui soustrait le débiteur insolvable à toutes les déchéances prononcées par la loi. » C'était, en un mot, une « réglementation coutumière de la faillite ». Comment s'est achevée cette évolution de la jurisprudence commerciale ? Par une loi sur la liquidation judiciaire, et la liquidation judiciaire est précisément une faillite inoffensive, organisée à l'intention des commerçants malheureux, mais de bonne foi, victimes d'une injuste fatalité.

En matière pénale, le juge est lié par le principe de l'interprétation stricte ; mais la manière douce ou sévère d'appliquer la loi vaut plus que la loi même. Il convient d'ajouter que, devant la justice répressive, une question de droit se pose presque toujours sous la forme d'une question de fait, et

l'interprétation d'un fait varie suivant la conscience ou la mentalité du juge.

Tel article, par exemple, l'article 419 de notre Code pénal contre l'accaparement, n'est pour ainsi dire jamais appliqué, parce que la preuve du délit est à peu près impossible à faire : le célèbre syndicat des cuivres, fondé par Secrétan, a échappé à toute répression.

« Tel fait, a dit l'illustre jurisconsulte Valette, déclaré non punissable par onze arrêts de la Cour de cassation, dont trois rendus Chambres réunies, s'est trouvé tout à coup, sans qu'un mot ait été changé dans le texte de la loi, passible de la peine de mort ou de celle des travaux forcés à perpétuité. » Tuer un adversaire en duel, c'est commettre, en effet, un meurtre avec préméditation, un assassinat. Mais si le ministère public poursuit, la Cour d'assises acquitte. Car, pour un jury, le Code pénal, c'est la conscience des jurés.

Il est des jurys pour lesquels l'avortement, l'infanticide, le meurtre passionnel ne sont pas des actes punissables, et quel jury ne s'attribue, par le jeu systématique des circonstances atténuantes, le pouvoir illégal d'abaisser indirectement le degré de la peine : il suffit aux jurés d'un mensonge, aujourd'hui traditionnel, pour se mettre au-dessus des lois. Aussi bien là serait, d'après ses partisans, la supériorité de la justice populaire : respectant

peu les textes, elle exprimerait mieux les mœurs, et, à force de méconnaître la loi, l'obligerait à se modifier sous peine de disparaître. Au moins, si l'on ne veut changer la loi, convient-il de transformer le jury; car une illégalité prouve toujours quelque chose.

L'histoire du droit administratif, en France, est peut-être le plus remarquable exemple de la formation spontanée des règles juridiques, sous la double influence de la coutume et de la jurisprudence. Au point de départ de l'évolution, il n'y avait, en France, ni juridiction administrative, ni droit administratif : la coutume a créé l'une, la jurisprudence a créé l'autre.

Le Conseil d'État est aujourd'hui la Cour suprême, en matière administrative, et, comme il est à la fois dans ce domaine spécial juge de droit commun, juge d'appel et juge de cassation, on peut dire que la jurisprudence administrative, c'est la jurisprudence du Conseil d'État.

Comment le Conseil d'État, à l'origine simple rouage administratif, est-il devenu une *juridiction* redoutée de l'administration même?

« S'il est, disions-nous dans notre *Étude juridique de l'Arbitraire administratif*, un organe dont on puisse dire qu'il a été créé en quelque sorte par la fonction dont il a mission d'assurer l'exercice, c'est bien la juridiction administrative. L'or-

ganisation *coutumière* de la justice administrative a toujours été supérieure à son organisation *légale*. »

Avant 1872, un arrêt rendu par le Conseil d'État, statuant au contentieux, ne valait que par le contreseing du chef de l'État ; mais le chef de l'État, en pratique, ne refusait pour ainsi dire jamais sa signature.

Aujourd'hui encore, le fait est en avance sur le droit : le conseiller d'État qui n'a pas l'inamovibilité légale est pratiquement inamovible, et, d'autre part, le ministre de la Justice et les préfets, qui sont légalement investis, le premier de la présidence du Tribunal des conflits, les seconds de la présidence des Conseils de préfecture, s'abstiennent ordinairement de l'exercer d'une manière effective pour ne pas donner un caractère politique à une œuvre essentiellement judiciaire.

Si le Conseil d'Etat s'en était tenu à cette idée que le juge ne peut statuer sans une disposition formelle de la loi, il n'y aurait pas encore, en France, de *droit* administratif. Car l'administration, à l'époque où elle échappait à tout contrôle juridictionnel, avait fait prévaloir ce double principe que la loi commune ne lui était pas applicable, et que, d'ailleurs, à l'égard des lois spéciales, elle était seule maîtresse de déterminer si leur violation devait entraîner annulation, réformation ou réparation des actes incriminés.

C'est le Conseil d'État qui a retiré la France du « gouffre » de l'arbitraire administratif, suivant l'expression d'un vieux jurisconsulte, en soumettant l'autorité exécutive au respect absolu des lois, des conventions, et des principes généraux du droit. Œuvre capitale, quoique trop ignorée du grand public appelé à en bénéficier.

Nous avons ainsi achevé, dans une rapide esquisse, de faire sentir dans toute l'étendue de ses résultats l'action novatrice de la jurisprudence : il est certain que, dans toutes les branches du droit, le juge français a légiféré.

« Mon Code est perdu », s'écria Napoléon, en lisant le premier commentaire savant de ses lois. La jurisprudence est un perpétuel commentaire, qui s'écarte plus encore des textes, parce qu'elle est malgré elle attirée par la vie.

CHAPITRE III

La valeur de la Jurisprudence.

§ I. LE POINT DE VUE CONCRET DU JUGE ET LE POINT DE VUE ABSTRAIT DU LÉGISLATEUR : CARACTÈRE EXPÉRIMENTAL DE LA LÉGISLATION JUDICIAIRE.
§ II. L'ARBITRAIRE DU JUGE ET LA DISCIPLINE DES TEXTES ; UTILITÉ PRATIQUE DU PRÉJUGÉ DE LA LOI. — 1. Danger d'une sophistication consciente du droit consacré. — 2. La loi, impératif catégorique de la conscience sociale.
§ III. OSSIFICATION FINALE DU DROIT JURISPRUDENTIEL ; LA ROUTINE JUDICIAIRE.

> « Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence, ...mais il faut qu'il y en ait une. »
>
> PORTALIS.

Si l'action de la jurisprudence s'impose avec la nécessité d'un phénomène naturel, pourquoi ne pas lui donner le caractère d'une franche collaboration, reconnue et organisée par la loi elle-même ? La raison serait satisfaite et l'évolution n'y perdrait rien.

Mais il s'agit de savoir si la valeur propre de la pratique judiciaire comme source de règles juridiques ne tient pas précisément à la nature originale de ses procédés traditionnels.

§ I

LE POINT DE VUE CONCRET DU JUGE ET LE POINT DE VUE ABSTRAIT DU LÉGISLATEUR; CARACTÈRE EXPÉRIMENTAL DE LA LÉGISLATION JUDICIAIRE.

Le juge est en contact quotidien avec la vie juridique dans ses manifestations les plus spéciales, les plus exceptionnelles; sa préoccupation essentielle, directement opposée à celle du législateur, est pour ainsi parler d'*individualiser* le droit en essayant d'en accorder les lignes générales aux traits caractéristiques de chacun des cas particuliers dont il est successivement saisi.

Il voit en somme la loi *à travers l'espèce*, et son esprit, par un mouvement naturel, va de la question de fait à la question de droit, du complexe au simple, du concret à l'abstrait.

D'autre part, dans les pays comme la France, une seule décision judiciaire ne fait pas « une jurisprudence »; les néologismes du droit, ainsi que les néologismes de la langue, ne sont pas d'ordinaire acceptés du premier coup, et l'accord constant et unanime des tribunaux est en général précédé d'une période de tâtonnements, de revirements, de contradictions et, en quelque sorte, de *concurrence* juridique.

N'est-ce pas là comme une sorte de mise à l'essai ou à l'épreuve de la règle nouvelle, garantie sérieuse de la valeur pratique et de l'équité des innovations jurisprudentielles ?

De procès en procès, la jurisprudence fait par étapes le tour des questions dont le législateur n'a pris souvent qu'une vue unilatérale et superficielle; et lorsqu'elle s'est fourvoyée dans une fausse direction, elle reste libre dans la suite de reconnaître son erreur en revenant sur ses pas.

C'est pourquoi la « loi faite par le juge », suivant l'expression anglaise, présente un caractère éminemment scientifique : un recueil d'arrêts, c'est une collection d'expériences juridiques, sans cesse renouvelées, où l'on peut saisir sur le vif la réaction des faits sur les lois.

On s'explique ainsi que l'action novatrice de la jurisprudence commence toujours à se faire sentir dans les tribunaux inférieurs, parce qu'ils voient de plus près les intérêts et les désirs des justiciables; une juridiction trop élevée n'est pas apte à percevoir aussi rapidement et aussi nettement le courant des réalités sociales.

La loi vient d'en haut; les bonnes jurisprudences se font par en bas.

Si l'on se rend maintenant compte que les règles élaborées à coups d'arrêts l'emportent uniquement par leur valeur hautement expérimentale sur les

règles improvisées au Parlement, on conçoit combien il serait absurde de conférer aux tribunaux le pouvoir de compléter les lois ou d'en préciser le sens par voie de dispositions générales édictées pour l'avenir.

Légiférant *comme* le législateur, le juge n'aurait aucune raison de légiférer mieux; comme lui, et plus que lui sans doute, il serait tenté de déguiser en principe abstrait telle solution de pure circonstance; comme lui, et autant que lui peut-être, il risquerait, après avoir minutieusement résolu des problèmes imaginaires destinés à ne jamais se poser effectivement, de passer sans les voir à côté de grosses difficultés dont la pratique viendrait bientôt lui révéler brutalement l'existence.

La loi faite par le juge peut aujourd'hui corriger heureusement la loi faite par le Parlement parce qu'elle en diffère profondément par son *but* et par sa *méthode*.

Sinon, elle aurait pour unique résultat d'en aggraver singulièrement la rigidité et le juge, sans être sûr de faire un bon législateur, s'exposerait tout simplement à devenir un mauvais juge.

§ II

L'ARBITRAIRE DU JUGE ET LA DISCIPLINE DES TEXTES ; UTILITÉ PRATIQUE DU PRÉJUGÉ DE LA LOI.

La déformation progressive du droit légal par la pratique judiciaire est *un fait.* Doit-elle devenir *un système?* Non, car ce système aboutirait en définitive, par l'effacement excessif des lois, à diminuer dans une large mesure la valeur de la jurisprudence elle-même.

Il n'est dans cette affirmation aucun paradoxe.

1. — Si la loi, de toutes parts assiégée par les intérêts égoïstes des particuliers, était en outre démantelée par ses défenseurs traditionnels, les magistrats, que pourrait-il en rester bientôt? A peu près rien.

La jurisprudence a pris pour point de départ ce que M. Gény appelle le postulat de l'omnipotence législative et pour devise le mot célèbre du vieux Demolombe dans la préface de son cours de Code Napoléon : *les textes avant tout.* Et cependant nous avons pu signaler le rôle prépondérant de la jurisprudence dans l'évolution du droit français. L'importance des résultats fait même avec la modestie des procédés un remarquable contraste.

Que serait-ce donc si les tribunaux usaient d'une manière indiscrète du « droit d'interpréter la loi, *c'est-à-dire de la violer plus ou moins ouvertement* », suivant une définition donnée par M. Mornet, dans une étude sur « le Rôle et les droits de la jurisprudence en matière civile » !

Le célèbre jurisconsulte Merlin fit appliquer aux émigrés les mesures prises contre les protestants après la révocation de l'Édit de Nantes; pendant longtemps la Cour suprême, afin de prêter à l'Église catholique l'appui du bras séculier a su trouver dans les textes le moyen de créer des obstacles infranchissables au mariage des prêtres : double et curieux exemple d'une interprétation extensive de la loi.

Sous le nom de socialisme juridique, la sophistication consciente du droit consacré a été présentée aux juges animés de l'esprit collectiviste comme une excellente méthode pour faire pénétrer dans le cadre de nos lois civiles le germe fécond des institutions nouvelles. Avec l'article 1382 du Code civil, écrivait il n'y a pas longtemps un professeur à la Faculté de droit de Lyon, *on peut faire la révolution sociale.*

D'une manière générale, par une sollicitation systématique des lois, on pourrait arriver, avec un peu d'adresse, à justifier n'importe quelle décision dans n'importe quel sens.

A fortiori, on devine à quelles conséquences conduirait la conception si séduisante d'après laquelle la jurisprudence, au lieu de rattacher ses innovations à la légalité existante, se reconnaîtrait autorisée à trancher avec une pleine liberté toutes les questions échappant à l'emprise directe, certaine d'un article déterminé; la pratique judiciaire, qui jusqu'ici a fait vivre par des additions ou des corrections intelligentes tant de lois à peine viables, chercherait les fissures des meilleures lois afin d'en ébranler l'autorité et de substituer à la pensée exprimée, ou probable, du législateur, ses propres inspirations.

Qu'est-ce à dire, sinon que l'arbitraire du juge échapperait à la discipline des textes?

Or cette discipline est féconde.

2. — Le juge n'a pas à nous imposer « son » droit, tel qu'il peut le concevoir d'une manière idéale, c'est-à-dire plus ou moins subjective, mais à faire « notre droit », le droit que la société demande et attend, le droit nécessaire à l'essor d'un contrat nouveau, au développement d'un mode de production industrielle, à la propagation d'une découverte scientifique, à la transformation des liens du mariage ou de la famille.

En d'autres termes, le magistrat n'a pas à se faire d'office le directeur de la conscience juri-

dique de la nation; il doit être seulement le serviteur impersonnel de l'utilité sociale, appréciée d'une manière objective.

A ce point de vue, qui est à nos yeux capital, le respect des lois et des principes légaux a pour effet éminemment utile de retenir le juge sur la pente d'une idéologie juridique trop personnelle. A ses yeux, la loi exprime ce que l'on pourrait appeler *l'impératif catégorique de la conscience sociale.*

Si la loi a cessé d'exprimer les besoins et les idées du milieu social, le juge ne manque pas d'en tenir compte dans ses arrêts, mais il ne veut toucher aux textes que d'une main légère, timide et circonspecte.

C'est ainsi que sans le savoir et surtout sans le dire, il a été un agent d'évolution historique; mais en subissant la pression des faits, non pas en rivalisant avec le législateur dans le dessein de pétrir au gré de ses désirs la matière première du droit, c'est-à-dire l'homme tel qu'il est dans sa psychologie individuelle et collective.

La lenteur de la jurisprudence manifeste son souci de ne pas dépasser les mœurs et les usages et de ne pas compromettre par un saut brusque la stabilité, la sécurité des intérêts privés.

Son inconscience des résultats lointains de sa propre action résulte du caractère fragmentaire de

ses solutions, prises au jour le jour et précisées d'espèce en espèce; il y a dans la jurisprudence une finalité qui s'ignore, mais cette finalité, comme celle des organismes naturels, n'est-elle pas simplement une adaptation aux conditions de l'ambiance vitale?

Le tribunal d'arrondissement de Château-Thierry, devenu célèbre par l'audace de son premier président, a rendu des jugements où l'injustice et l'étroitesse des lois étaient délibérément prises à partie dans des considérants lapidaires. Mais ces décisions de justice, dans la mesure où leur contenu n'était pas conciliable avec une interprétation extensive et équitable des textes, n'ont constitué rien de plus qu'une manifestation retentissante d'idéologie personnelle et si l'on veut, à ce point de vue, suivant le mot d'un auteur italien, un « phénomène » intéressant.

Mais il est évident que si tel juge en France autorise le divorce par la volonté d'un seul, c'est-à-dire la répudiation, tel autre, en vertu d'un idéal contraire, voudra refuser le divorce à tout le monde. Ni l'une ni l'autre de ces solutions ne correspond à l'état d'esprit *actuel* de la société et l'on comprend que dans son ensemble la jurisprudence française, statuant sous l'impression vive de situations individuelles réclamant un remède urgent, se soit contentée, par une interprétation peut-être

un peu élastique, d'élargir la portée des causes légalement déterminées du divorce, sans vouloir paraître cependant en multiplier le nombre.

En voulant battre le record du progrès, les tribunaux atteindraient tout simplement les limites extrêmes de l'anarchie, et nul ne saurait plus, par l'incertitude, l'instabilité de la jurisprudence, s'il a le droit pour ou contre lui; la législation ne serait qu'un vaste trompe-l'œil, et de la masse écrasante des arrêts, il serait impossible de dégager pour la vie courante des règles de conduite communément pratiquées.

Et nous ne parlons pas des questions « pour l'ami », comme dit Montaigne, c'est-à-dire des cas où l'absence d'une règle permet à la justice de céder trop facilement à ses sympathies pour les personnes. Dieu nous garde de l'équité des Parlements, disait-on sous l'ancien régime. C'était l'époque où un tribunal, pour couvrir d'un voile juridique la vertu d'une femme bien née déclarait très légitime un enfant survenu dix-huit mois après le décès du mari.

Enfin la nécessité pour le juge de confronter les textes et l'espèce, afin de les mettre en harmonie, le contraint à une analyse plus approfondie des phénomènes de la vie juridique. Il est dans tel contrat au premier coup d'œil sans précédent des éléments déjà connus, et le juge n'a pas besoin

d'inventer une thérapeutique nouvelle là où il existe un remède éprouvé.

Sans arrêter le progrès, les textes limitent et dirigent l'arbitraire du juge.

Répétons donc, après Boutmy, que le juge cesserait de croire assez à l'autorité des lois, le jour où il cesserait d'y croire trop; il doit être le dernier à perdre le préjugé du droit écrit, et s'il légifère, il n'est pas mauvais qu'il continue à légiférer *le Code à la main.*

§ III

OSSIFICATION FINALE DU DROIT JURISPRUDENTIEL LA ROUTINE JUDICIAIRE.

Lorsqu'il existe sur un point de droit une jurisprudence constante et uniforme, elle finit par acquérir une fixité presque comparable à celle de la loi même; à ce moment, le droit du juge devient comme le droit du législateur un véritable *droit écrit*, mais il est écrit autrement. On copie les précédents, on les imite, on les compte, mais on néglige de les peser. La jurisprudence est respectée parce qu'elle est la jurisprudence et elle l'est à ce point que les avocats, pour gagner leur procès, se gardent de l'attaquer de front, mais préfèrent plus habilement la tourner, en montrant qu'elle n'est

pas exactement applicable aux faits de la cause. Il faut alors que la jurisprudence, ayant évolué contre la loi, continue à évoluer contre elle-même: évolution beaucoup plus difficile et plus lente, car tout corps de droit, par lui-même, tend, suivant la remarque de Tarde, non pas à évoluer, mais à s'asseoir.

A fortiori, la jurisprudence épuise assez rapidement son pouvoir de création et d'adaptation, lorsqu'elle rencontre devant elle le noyau irréductible d'un texte légal clair et précis. La pratique judiciaire en France a su imaginer des combinaisons subtiles pour battre en brèche le principe d'après lequel les rentes sur l'État sont *insaisissables*, mais il est facile de concevoir des cas où ces combinaisons peuvent être prises en défaut et où le débiteur, vivant largement de ses revenus, ne manquerait pas de faire pièce au créancier le plus digne d'intérêt, en invoquant le bénéfice de la loi de l'an VII.

Le jurisconsulte anglais Summer-Maine, qui a tant contribué à donner aux études juridiques un caractère positif et scientifique, a constaté que partout la jurisprudence d'équité a précédé l'action du législateur dans la voie des réformes. Observation très exacte, mais avec ce correctif que si la jurisprudence a commencé toutes les réformes, elle n'en a achevé aucune.

Ainsi, après avoir montré que la jurisprudence assure le progrès du droit hors la loi, ou contre elle, nous devons conclure qu'il y a lieu parfois de chercher les moyens de transformer le droit hors la jurisprudence et contre elle.

Et puisque ce n'est pas le droit qui fait vivre la société, il faut bien que la société fasse vivre son droit, en brisant ou en élargissant la carapace légale ou jurisprudentielle qui en comprime le libre essor.

Beaucoup d'anarchie c'est le désordre, mais un peu d'anarchie c'est le progrès.

LIVRE II

LE DROIT DES MŒURS ET LE DROIT DE L'ÉTAT

> « La loi réformée n'a pas créé le droit, mais la reconnaissance du droit a créé la loi réformée. »
>
> H. SPENCER.

Le droit a pour ainsi dire une double vie : l'une *populaire*, l'autre *technique* : comme les mots de la langue vulgaire subissent un stage avant d'entrer dans le dictionnaire de l'Académie, les règles du droit spontané doivent se faire accepter de la coutume avant d'avoir accès dans les Codes.

Si nous prenons l'un après l'autre, dans une rapide esquisse, tous les éléments caractéristiques de la société contemporaine, au point de vue politique, administratif, familial, sexuel ou économique, il est facile de constater, par mille exemples concrets, que l'évolution du droit se fait par un infatigable assaut des nécessités sociales transformées contre les formules savantes inscrites dans les livres de l'État législateur.

Après avoir trouvé la jurisprudence sous la loi, cherchons les mœurs sous les textes.

CHAPITRE I

Les mœurs politiques contre les lois constitutionnelles.

§ I. Une nation constitutionnelle sans constitution : l'Angleterre.

§ II. La revision des constitutions écrites par les mœurs politiques. — 1. Déformation de la Constitution des États-Unis. — 2. Déformation des Constitutions françaises ; impossibilité de trouver dans notre histoire une constitution appliquée.

§ III. Théorie juridique des révolutions et des coups d'État. — 1. La tradition française : la Révolution comme mode normal d'abrogation des Constitutions écrites. — 2. La fragilité des constitutions écrites et ses causes ; conflit des forces constitutionnelles et des formes politiques.

La symétrie des formes constitutionnelles dissimule souvent plutôt qu'elle ne révèle l'équilibre réel des forces politiques, et pour connaître le régime constitutionnel d'un pays, il ne suffit pas de lire sa Constitution.

Les textes, en effet, ne forment jamais un réseau assez serré, ni assez ferme pour empêcher les mœurs parlementaires et gouvernementales de faire prévaloir tacitement contre la Constitution

régulière une Constitution occulte qui la dépasse, et peut la dénaturer : c'est dire que tous les pays ont une Constitution coutumière, même ceux qui paraissent vivre sous le régime d'une Constitution écrite.

§ I

UNE NATION CONSTITUTIONNELLE SANS CONSTITUTION : L'ANGLETERRE.

On sait que l'Angleterre, si elle est restée le type des nations constitutionnelles, n'a pas de Constitution, au sens français du mot.

Sans doute, il est en Angleterre un petit nombre de textes, dont chaque disposition avait à sa date le but infiniment utile de parer à un inconvénient précis mis en lumière, dans l'ordre politique, par une expérience récente.

Mais ce n'est pas dans ces textes, singulièrement dispersés et incohérents, qu'il faut aller chercher le droit constitutionnel de l'Angleterre moderne.

Ce n'est pas un texte qui subitement a concédé aux représentants de la nation le droit primordial de voter les lois : ils ont su le conquérir graduellement sur la prérogative du Roi par l'ingéniosité persévérante d'une tactique qui consistait essentiellement à faire de l'acceptation pure et simple

de leurs propositions législatives la condition *sine qua non* de toute aide financière ou militaire.

Ce n'est pas un texte qui a édicté, sous une forme générale, la maxime d'après laquelle le Roi ne peut rien faire seul, c'est-à-dire sans l'assistance d'un ministre : l'apposition d'un « sceau », destinée à conférer aux actes de la volonté royale le caractère juridiquement obligatoire, a permis à la responsabilité des ministres de se substituer progressivement à la responsabilité du Roi, et d'une simple formalité matérielle, successivement étendue et interprétée dans un esprit nouveau, est né, en Angleterre, un principe fondamental du régime parlementaire.

Ce n'est pas un texte qui a créé le Cabinet, et remis ainsi « à quelques messieurs se réunissant de temps à autre dans Downing Street », suivant le mot de Jenks, l'exercice effectif du pouvoir gouvernemental ; la lettre des lois anglaises ignore les ministres, elle ne connaît que les « serviteurs du roi ». Où s'est tenu le premier conseil des ministres? A la table du banquet où l'homme d'État le plus influent avait réuni ses collègues!

Ce n'est pas un texte qui a institué, en Angleterre, le système des deux Chambres législatives : il est impossible de savoir à quelle date exactement le Parlement anglais, d'abord unique, s'est scindé en deux branches, l'une populaire, l'autre aristo-

cratique. Accident historique, qui a fini par acquérir, après avoir fait le tour du monde sous des modalités diverses, la majesté d'un principe universel.

Si, depuis de longues années, l'Angleterre a conservé les mêmes rouages constitutionnels, il est visible qu'ils ne tournent plus dans le même sens ou, plus exactement, que la force motrice qui les anime ne s'exerce plus sur les mêmes points.

La Chambre des communes, qui, par ses origines électorales, canalise la puissance moderne de l'opinion publique, s'est peu à peu saisie de la souveraineté politique, et, en vertu d'un axiome forgé par la tradition, possède aujourd'hui le droit exclusif d'abréger, par son vote, la vie des ministères.

La Chambre des lords, perdant, par l'effet du progrès industriel et commercial, le bénéfice de sa puissance terrienne, n'a pas tenté de résister avec une vaine brutalité au développement normal du *fait* démocratique —, car il faut dire, en Angleterre, du fait, et non de l'idée; avec une résignation parfois douloureuse, elle s'est inclinée devant les résultats politiques des élections générales, venant, après une dissolution de la Chambre des communes, exprimer, par une sorte de referendum, le vœu unanime et profond de la nation britannique.

Il lui a suffi d'être, en certains cas, une digue intelligente à des initiatives prématurées.

Le Roi, enfin, faisant à la paix intérieure le sacrifice prudent de son pouvoir personnel, a su devenir, sans déchéance morale, le Président très influent d'une République très parlementaire.

Si la Chambre des communes, après avoir élu son *speaker*, vient encore « se soumettre en toute humilité à la gracieuse approbation de Sa Majesté », cette marque profonde de subordination ne présente plus aujourd'hui que le caractère d'une démarche respectueuse, « survivance d'une figuration traditionnelle, amoureusement conservée par la coutume ».

En un mot, chacune des institutions politiques, sans perdre l'intégrité de son autorité nominale, en a restreint l'exercice à la mesure précise de son autorité réelle.

Mais ces antiques privilèges dont elles se gardent d'user, une nécessité nationale pourrait soudain les ressusciter. Après avoir renvoyé son Parlement, le souverain pourrait ne plus jamais le convoquer.

Les droits du Parlement sont-ils moins inviolables que s'il les tenait formellement d'une Constitution ? En aucune manière : ils sont d'autant plus stables qu'il n'a pas eu besoin d'un texte pour les conquérir.

Ainsi, comme l'a très bien exposé Boutmy, en

des pages classiques en Angleterre même, la nation anglaise a donné le change à la révolution, en l'absorbant dans la tradition : les juristes ont eu l'art singulier, en fouillant dans les archives, de trouver à toute innovation, à tout progrès, un précédent au moins centenaire.

Mais qui donc aujourd'hui, sous la persistance des formes monarchiques et du vocabulaire féodal, pourrait méconnaître le fond libéral et populaire de la « Constitution » anglaise.

§ II

LA REVISION DES CONSTITUTIONS ÉCRITES PAR LES MŒURS POLITIQUES.

Issue de la coutume et modifiée par elle, la Constitution anglaise a été stable à force de souplesse et presque d'inconsistance ; les Constitutions écrites, au contraire, veulent assurer leur permanence à force de rigidité : si elles ne vont pas toujours jusqu'à se proclamer intangibles, elles ne montrent aucune tendance à faciliter leur revision, soupape de sûreté réservée pour les cas extrêmes.

Trop solennelle dans sa procédure, trop rare dans son emploi, la revision constitutionnelle

prend ainsi, malgré son caractère régulier, l'aspect et la gravité d'une crise politique.

Mais il est une autre sorte de revision, invisible et puissante, c'est celle qui résulte de l'action continue des mœurs politiques : une Constitution se revise chaque jour par son application même, car les institutions qu'elle a établies ont pour éléments, sans cesse renouvelés, des hommes qui pensent et qui agissent en face d'une réalité mouvante.

En somme, que veut faire une assemblée constituante ? Un mécanisme. Mais que fait-elle ? Un organisme.

1. — Il est dans l'histoire une Constitution dont le but était de créer un État tout neuf sur un terrain vierge : c'est la Constitution des États-Unis. Mais cette Constitution n'a pas institué cependant un mécanisme assez bien réglé pour se suffire à lui-même : elle ne fonctionne que par une sorte de miracle dont le secret est qu'elle a reçu des usages les compléments et les tempéraments indispensables.

La vraie Constitution des États-Unis, ce qu'il y a en elle d'original et d'essentiel, n'est pas dans les textes constitutionnels.

Aux États-Unis, les ministres sont les collaborateurs immédiats du Président : choisis hors des

assemblées élues, ils sont responsables devant le Président, maître de les destituer. Mais, par une singulière contradiction, d'après les textes constitutionnels, la nomination des ministres doit être ratifiée par la majorité du Sénat. De cette disposition pouvait sortir l'anarchie gouvernementale et administrative : conçoit-on un Président desservi par ses agents les plus directs? Seulement, *en fait*, le Sénat a pris l'habitude d'accepter les yeux fermés la liste du Président : les mœurs ont été, sur ce point, plus logiques que la Constitution.

La Constitution des États-Unis a voulu donner un caractère absolu à la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif : pouvoirs, d'après elle, parallèles et impénétrables; car le Président, d'accord avec ses ministres, pourrait gouverner, pendant toute la durée de son mandat, contre le vœu du Congrès, tandis que le Congrès, ayant seul l'initiative des lois, serait libre de légiférer contre le vœu du Président. N'était-ce pas organiser d'une manière presque infaillible le conflit permanent des deux pouvoirs? Assurément. Mais il est, aux États-Unis, entre le Congrès et les ministres, un rouage intermédiaire, aujourd'hui prépondérant dans le fonctionnement de la machine publique : les comités permanents du Sénat et de la Chambre des Représentants. C'est par ces comités, élus par l'assemblée ou nommés par le *speaker*, que s'exerce

le contrôle incessant, minutieux du Congrès sur l'action gouvernementale et administrative; c'est avec ces comités, dont les Chambres ne font guère qu'enregistrer les décisions, que les ministres négocient le vote des mesures nouvelles d'ordre législatif ou financier. Ce n'est donc plus la séparation absolue, c'est le contact intime des pouvoirs et presque leur confusion : le président d'un comité influent, c'est une sorte de ministre *du dehors*. Est-il question de ces comités dans la Constitution? Nulle part : ils sont également contraires à sa lettre et à son esprit. Mais comment la Constitution aurait-elle pu empêcher le droit, en quelque façon naturel, des Chambres législatives de l'emporter par un biais sur le droit légal de l'autorité exécutive? Le pouvoir des comités, c'est un élément fondamental du *gouvernement à l'américaine;* les textes condamnent seulement le contrôle parlementaire à s'exercer à huis clos, dans l'ombre des commissions.

Les Américains ont une très vive et très légitime admiration pour la Cour suprême des États-Unis, juridiction fédérale devant laquelle un recours est ouvert aux particuliers contre les actes du pouvoir législatif contraires à la Constitution. A en croire M. Ch. Benoist, la Cour suprême serait « une sorte de Mecque vers laquelle les visages des croyants sont tournés... ». Voilà enfin, dans le régime

constitutionnel des États-Unis une institution prévue et organisée par la Constitution. Mais, en réalité, elle a été édifiée sur des bases si fragiles, par un texte si vague, qu'elle n'aurait pas vécu et ne se serait pas développée si la collaboration d'un sentiment universel n'avait fait fructifier le germe incertain déposé dans la loi constitutionnelle. Comme l'a dit J. Bryce, elle se serait évanouie, comme la brume du matin, devant l'hostilité systématique des mœurs politiques ; ne suffisait-il pas simplement au Président, d'accord avec le Sénat, de choisir les juges suprêmes parmi les hommes de parti? On a fait honneur à la Cour suprême d'avoir mis obstacle, au nom des libertés constitutionnelles, au développement rapide des lois ouvrières, mais si les juges ont résisté au socialisme naissant, c'est que, comme la nation même, ils n'étaient pas encore socialistes. Le Congrès, d'ailleurs, n'est pas privé des moyens efficaces de briser, le cas échéant, la résistance de la magistrature fédérale : il en a usé déjà. En un mot, l'autorité de la Cour repose sur des facteurs moraux et politiques, autant et plus que sur des facteurs juridiques. Un texte n'est pas une âme, a écrit quelque part M. Faguet : l'âme de la Cour suprême, n'est pas dans l'article 3 de la Constitution des États-Unis.

Combien d'exemples pourraient être cités encore

d'une revision de la Constitution américaine par la coutume?

D'après les textes, le Président est élu au second degré, mais personne n'ignore que les électeurs du second degré reçoivent un mandat nominal et impératif : le Président est donc l'élu du suffrage universel.

D'après les textes, le Président est indéfiniment rééligible, mais on sait que, d'après l'usage constant, il ne peut être plus de deux fois candidat...

Mais nous en avons assez dit pour démontrer que les Américains, dans leur évolution constitutionnelle, n'ont pas été beaucoup plus gênés par leurs textes que les Anglais par leurs traditions.

2. — Dans la série des Constitutions françaises, on peut trouver un échantillon de tous les régimes politiques : chacun d'eux a laissé le plan complet, méthodique, explicite, de l'édifice qu'il croyait bâtir pour l'éternité.

Mais ce serait une erreur de croire que ce plan, même de façon éphémère, ait été point pour point exécuté.

On a dit que nos Constitutions n'avaient pas assez duré pour se déformer par l'usage, et que le jour où elles sont tombées, elles ressemblaient encore à des mécanismes sortant de l'atelier de construction, et conformes au modèle déposé; la

vérité est que la logique de l'histoire a fait dévier l'effet prémédité des combinaisons les plus ingénieuses, des contrepoids les mieux agencés, que ces mécanismes compliqués n'ont jamais fonctionné dans toutes leurs parties, et que la pratique les avait presque tout entiers détruits, au moment où ils ont achevé de disparaître dans l'orage d'une Révolution ou d'un Coup d'État.

Il serait difficile de trouver dans tout notre passé une Constitution appliquée.

La Constitution de 1791? Elle n'a pas empêché la direction véritable des affaires gouvernementales de passer entre les mains des grands comités des Assemblées révolutionnaires, exerçant la dictature de l'intérêt public.

La Constitution de 1793? Suspendue après son vote jusqu'à la paix, elle fut remise sur le chantier, mais la Convention, après avoir tenté de la rendre praticable, se décida à voter... une Constitution nouvelle.

La Constitution de l'an III? Menacée d'une revision illégale, avant même d'avoir réellement fonctionné, elle ne cessa d'être battue en brêche par les anciens conventionnels qui entendaient se maintenir au pouvoir, et le général victorieux qui voulait le conquérir : au 18 Brumaire, elle n'était plus qu'un fantôme.

La Constitution de l'an VIII? Le Sénat conserva-

teur avait reçu la mission de la défendre contre les décrets inconstitutionnels du gouvernement : disposition qui resta lettre morte. Mais Bonaparte, brûlant les étapes vers le Césarisme, utilisa le concours du Sénat pour détruire la Constitution avec un semblant de légalité : le paravent électoral et représentatif fut renversé, et, par le Sénatus-Consulte de l'an XII, le gouvernement de la « République » fut confié à un « Empereur ».

La Charte de 1814? La Charte de 1830? Dans le silence des textes, elles ont vu naître et se développer, par la coutume, la responsabilité politique des ministres, le gouvernement parlementaire, et deux fois la Révolution vint briser l'effort imprudent de la prérogative royale pour se soustraire à la maîtrise de l'opinion publique.

La Constitution de 1848? A ceux qui redoutaient le pouvoir personnel d'un Président élu au suffrage universel, le rapporteur avait répondu : « La Constitution l'enferme dans un cercle dont il ne peut pas sortir ». Mais Thiers n'a pas attendu le Coup d'État pour dire que l'Empire était fait.

La Constitution de 1852? Dans une première période, tous les corps constitués, que les textes semblaient avoir créés comme des forces extérieures au gouvernement, deviennent des ressorts du gouvernement lui-même; dans une seconde période, sous la poussée irrésistible d'une opinion

qui reprenait le goût de la liberté politique, l'Empire laissa, pièce à pièce, se reconstituer ce régime parlementaire dont il était la négation.

La Constitution de 1875? La première Constitution durable... Mais précisément elle ne voulait pas engager l'avenir, et l'on sait que l'Assemblée nationale, animée de sentiments monarchiques, a fait la République malgré elle : deux fois, elle repoussa le mot, avant d'accepter la chose.

Ce minimum de Constitution, péniblement négocié entre les partis, a-t-il été respecté par l'histoire? Il ne pouvait pas l'être.

Au chef de l'État, la loi constitutionnelle a donné des armes, non la force de les mettre en action : le droit d'exiger une nouvelle délibération des lois votées par les deux Chambres, le droit d'ajourner et proroger, dans certaines limites, les sessions du Parlement, le droit de dissoudre la Chambre des députés sur l'avis conforme du Sénat, le droit de prendre *en personne* le commandement effectif des forces militaires..., etc. Mais tous les pouvoirs que la logique du régime parlementaire ne comporte pas, le Président de la République les a perdus par la désuétude, *comme le roi d'Angleterre*, et les droits qu'il a gardés sont devenus plus ou moins les droits du ministère : le chef de l'État ne peut rien sans les ministres, qui ne peuvent rien sans les Chambres. Le centre de gravité de notre

régime constitutionnel est au Parlement, et l'on ne peut guère comprendre le fonctionnement actuel de nos institutions politiques si l'on ne choisit pour centre de perspective les couloirs de la Chambre des députés. L'action du Président s'exerce par voie d'influence morale, mais c'est précisément le genre d'influence qui ne dépend pas de la Constitution, et qu'un homme d'État peut acquérir sans elle.

Le régime parlementaire, d'ailleurs, n'échappe-t-il pas par sa nature même à toute réglementation juridique ? Le plus illogique, le plus paradoxal des mécanismes constitutionnels ne se laisse pas définir par un texte, et s'il est *le meilleur des expédients pratiques*, il faut reconnaître la difficulté de le convertir en formules. Sous ce régime, les responsabilités réelles ne coïncident pas avec les responsabilités légales, et il ne faut pas chercher à deviner la valeur des actes politiques par leur dénomination juridique. Au point de vue légal, c'est le Président qui nomme les ministres, mais, au point de vue politique, c'est le Parlement qui les désigne : la formation d'un Cabinet est le résultat aléatoire de négociations multiples, et la volonté du Président ne prend un rôle capital que si le Parlement ne sait pas exactement ce qu'il veut. Acte grave, cependant, quoique juridiquement indéfinissable, puisque changer de ministère, c'est un peu changer de Constitution.

L'auteur véritable d'un acte gouvernemental, ou administratif, n'est pas celui qui le rédige ou l'exécute, mais celui qui l'inspire; là où est l'influence, là est le pouvoir. Quelle doit être l'action du Parlement sur les affaires administratives? Un contrôle. Que tend-elle à devenir? Une direction. Du contrôle à la direction, il y a une série de gradations insensibles, et l'aiguille peut faire le tour du cadran sans qu'on l'ait vu seulement bouger : quel texte pourrait fixer la limite exacte où la discussion des crédits budgétaires ou des interpellations commence à mettre en danger l'indépendance de l'autorité gouvernementale.

En Angleterre, nous avons vu que le déplacement de l'influence politique avait abouti à un véritable déplacement de la souveraineté ; elle pourrait chez nous conduire à la transformation du régime parlementaire en régime conventionnel : ainsi le Parlement, qui exerce directement le pouvoir législatif, exercerait indirectement le pouvoir gouvernemental, sinon le pouvoir judiciaire. Il est en ce sens une orientation certaine, et si lent que soit un courant, il peut porter très loin ceux qui s'y abandonnent.

Voilà comment la vie politique, dans ses manifestations quotidiennes, refait la Constitution que les textes de 1875 nous ont donnée.

§ III

THÉORIE JURIDIQUE DES RÉVOLUTIONS ET DES COUPS D'ÉTAT.

1. — Quel est le mode normal d'abrogation des Constitutions écrites?

Si le droit devait écouter les enseignements de notre histoire, il faudrait répondre : la révolution, sous la forme d'une insurrection populaire, ou d'un coup d'État gouvernemental.

Telle est la tradition française.

Une révolution qui triomphe fait *de plano* tomber la Constitution existante : c'est un principe de droit, et le plus incontestable des principes, puisqu'il repose sur une nécessité de fait. Comment une Constitution pourrait-elle survivre à la suppression matérielle et radicale de tous les organes qu'elle a institués?

Le 10 Août 1792, le 18 Brumaire an VIII, le 24 Février 1848, le 2 Décembre 1851, le 4 Septembre 1870, autant de dates éloquentes, autant de précédents célèbres à l'appui de la théorie juridique des Révolutions et des coups d'État! C'est une belle jurisprudence, et l'on serait fort en peine d'invoquer contre elle la moindre interruption dans la série des précédents, car il n'est pas, en France, depuis l'Ancien régime, *un seul* gouvernement légi-

time qui n'ait eu des origines à quelque degré inconstitutionnelles : en 1814, en 1830, le changement de régime, quoique masqué sous un décor de légalité, n'en a pas moins été révolutionnaire.

« De quelque manière qu'une nation veuille, disait Sieyès, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême ».

Il suffit même qu'un homme ou une assemblée aient la hardiesse de vouloir pour elle et de présumer avec succès son assentiment ou sa passivité.

C'est en vérité plus qu'une tradition française, c'est une tradition latine. Chacun songe à l'Espagne, terre classique des *pronunciamentos*, au Portugal, où la dictature vient périodiquement rétablir l'ordre compromis par l'application même d'une Constitution mal adaptée au tempérament national, aux Républiques sud-américaines enfin, où l'on pouvait, en 1894, sur dix-sept Présidents, en compter onze issus d'une révolution ou d'un coup d'État.

2. — Un des principes de la théorie des Constitutions écrites, c'est que les lois constitutionnelles sont, par leur force obligatoire, au-dessus des lois ordinaires ; mais elles ne sont pas, en général, sanctionnées, et l'histoire nous apprend qu'elles sont moins respectées.

D'où vient la fragilité des Constitutions écrites ?

Une Constitution est édictée comme si rien dans l'État n'existait avant elle : l'idée de souveraineté suppose table rase devant l'autorité souveraine. Mais ces rouages, tirés du néant par un texte, sont exposés à périr par un texte, et s'il est illégitime de résister à l'autorité souveraine, tout devient licite à qui s'est emparé d'abord de la souveraineté. Il arrive, il est vrai, aux Constitutions de créer des organes animés d'une vie propre, capables de prendre racine dans les mœurs, seulement elles signent alors leur propre abdication.

D'autre part, une Constitution a l'unité d'une œuvre d'art, et le lien logique entre le tout et les parties est si étroit qu'il est impossible de toucher à celles-ci sans ébranler celui-là. Tous les auteurs de constitutions répéteraient volontiers, avec de Bonald, qu'il est « une » et « une seule » constitution de société politique. Conçue d'un seul jet, elle doit donc être emportée d'un seul coup.

En un mot, la Constitution écrite, si elle prétend emprisonner l'avenir politique et social d'une nation dans un labyrinthe de prescriptions détaillées et rigoureusement coordonnées, risque simplement de porter à son point critique le conflit des forces politiques et des formes constitutionnelles, c'est-à-dire, en quelque sorte, le conflit de la vapeur et de la chaudière.

Ce qui a sauvé de la caducité la Constitution fédérale de 1787 et la Constitution française de 1875, ce n'est pas leur perfection, c'est leur plasticité.

A ceux qui demandent à la science du droit une Constitution modèle, que peut-elle répondre?

Qu'un bon régime constitutionnel est une sorte de réussite historique, dont tous les peuples ne sont peut-être pas capables.

Quelle est donc l'utilité d'une Constitution écrite?

D'exposer le jeu des organes politiques, tel qu'il résulte du compromis des forces en présence, et des nécessités de la division du travail législatif et gouvernemental.

Une Constitution, en d'autres termes, a la valeur d'une explication, plutôt que celle d'une réglementation impérative : son mérite essentiel est d'être sincère. C'est d'ailleurs une vérité générale que, par la loi, une nation peut beaucoup moins se réformer que se comprendre.

« La Constitution, a écrit Tarde, n'est que de la politique accumulée, généralisée, systématisée. »

Si elle veut être autre chose, elle n'est rien, car la politique ne tarde pas à la défaire. C'est dire que, comme les Codes, les bonnes Constitutions se font avec le temps : on ne les fait pas.

Auguste Comte pensait qu'un savant, suffisam-

ment préparé, ferait, mieux que la nature même, un organisme animal, et il opposait aux œuvres rudimentaires de la nature les « sublimes constructions politiques ». De cette remarque, il est permis d'induire qu'Auguste Comte n'avait pas étudié d'une manière approfondie le droit constitutionnel.

Les hommes, même savants, ne paraissent guère capables de trouver une Constitution parfaite, ni « un meilleur arrangement des astres... ». Un « positiviste » est inexcusable de l'avoir méconnu...

CHAPITRE II

Le Gouvernement contre la loi : les pratiques illégales de l'Administration.

§ I. La psychologie de la fonction administrative : ordre public et légalité.
§ II. L'autorité administrative et le pouvoir d'inexécuter la loi. — 1. L'abus des dispenses. — 2. L'inapplication des lois.
§ III. Y a-t-il une sanction possible des lois a l'égard du gouvernement ? Solutions simplement approximatives du problème.

> « L'arbitraire, *dans une certaine mesure*, c'est la liberté de l'administration. »

Il existe un antagonisme inévitable entre l'Administration et la légalité. Un jurisconsulte l'a brutalement exprimé dans une formule célèbre : l'Administration est impossible, si elle est tenue de se conformer aux lois.

La raison en est facile à saisir, c'est que pour tout homme d'action la légalité est une gêne ; or, l'administrateur est, dans son genre, un homme d'action : comment se soumettrait-il de bonne grâce à la légalité ?

Théoriquement, l'Administration, c'est la force appliquée à la loi. Mais l'application des lois, qui n'est pas pour le juge lui-même une mission purement *automatique*, l'est encore moins pour l'administrateur.

Nous n'irons pas jusqu'à dire avec un jeune et distingué professeur de droit public que « le gouvernement doit, dans chaque espèce, se demander s'il n'est pas préférable d'ignorer systématiquement la violation de la loi, que de la poursuivre ». Ce serait ériger une simple tendance en théorie générale : c'est ainsi d'ailleurs que se forment souvent les théories. Mais nous devons constater que l'Administration, dans son action quotidienne, est simultanément dominée par le souci double et contradictoire de respecter les textes législatifs et d'obéir cependant aux nécessités naturelles de sa fonction propre.

Ici encore nous sommes obligés d'opposer, à la conception *mécanique*, la conception *organique* du droit, et de montrer comment les administrateurs, par leurs actes, comme les juges, par leurs arrêts, contribuent à donner aux règles juridiques une mobilité spontanée et progressive.

LA PSYCHOLOGIE DE LA FONCTION ADMINISTRATIVE : ORDRE PUBLIC ET LÉGALITÉ.

La fonction administrative par excellence, c'est d'assurer l'ordre public. Hors de cette fonction, l'Administration n'est plus l'Administration, au sens primitif et irréductible du mot.

Aussi, lorsque l'ordre public est en jeu, voit-on l'autorité administrative courir droit au but qui lui est assigné par la nature de sa mission.

Sans doute, assurer l'ordre public consiste généralement à imposer aux particuliers le respect des lois, mais, dans ce cas même, l'Administration est visiblement impatiente des limitations légales, qui la ralentissent ou l'arrêtent dans la spontanéité de son action.

A des procédés plus légaux, elle préfère des procédés plus économiques, plus rapides, plus efficaces.

Nous ne voulons pas dire que l'administrateur a le mépris systématique des lois, nous observons seulement que le respect des lois n'est pas et ne peut pas être l'élément capital, essentiel de sa psychologie professionnelle, et tout homme, à quelque degré, possède la psychologie de sa profession.

Action administrative, réglementation législative : deux points de vue différents et opposés.

Dans une discussion au Sénat, en 1894, sur le régime des mœurs, le garde des Sceaux s'écria : « J'irai jusqu'à dire qu'ici le droit, en une certaine mesure, est dans l'arbitraire. Le gouvernement ne croit pas devoir préférer la légalité aux arrêtés de police. » L'Administration, en effet, redoutait de perdre par la loi les droits coercitifs qu'elle s'était illégalement attribués à l'égard des filles publiques. Aux pénalités légales, trop minimes pour sanctionner efficacement ses prescriptions, elle avait substitué une détention de plusieurs jours ou de plusieurs mois, prononcée par mesure de police.

Avant la loi de 1838, l'autorité administrative n'avait pas le droit d'ordonner *de plano* l'internement d'un aliéné : l' « interdiction civile », judiciairement prononcée, était légalement la préface nécessaire de tout internement. Seulement, en 1837, on put constater qu'à Bicêtre, sur 600 internés, il y avait à peine une vingtaine d'interdits.

Avant la loi de 1898, lorsqu'une plainte était déposée contre un père indigne et que les textes, alors trop étroits, ne permettaient pas de soustraire l'enfant à sa garde, la Préfecture de police s'emparait cependant de celui-ci et l'immatriculait aux Enfants assistés. Si le père réclamait, on lui

demandait : 1° un certificat de bonne vie et mœurs; 2° le remboursement des frais...

Avant la loi de 1863, certains faits qualifiés crimes par le Code pénal, à raison de circonstances aggravantes qu'on omettait de relever, étaient poursuivis comme délits, parce que les peines légales, à raison de leur sévérité même, n'étaient plus facilement applicables dans l'état des mœurs. La loi de 1863 a consacré les résultats de la *correctionnalisation* antérieure. Mais, depuis, la *correctionnalisation* a repris, pour les mêmes raisons, à l'égard d'autres faits également qualifiés crimes. Une circulaire du Garde des Sceaux est venue sans doute interrompre cette pratique irrégulière, mais cette interruption même ne peut que confirmer la nécessité de soustraire la connaissance de certains actes délictueux au jury pour la remettre au Tribunal. En voyant comment le jury statue, le législateur comprendra pourquoi le Parquet *correctionnalisait*.

Avant la loi de 1901, on pouvait accorder l'assistance judiciaire aux indigents pour engager l'instance. Mais le procès gagné, comment faire exécuter le jugement ? car les voies d'exécution ne sont pas gratuites. Les bureaux accordaient illégalement l'assistance.

Dans toutes ces hypothèses, que faisait l'autorité publique ? Elle parait empiriquement à l'insuffi-

sance des textes, pour obéir à la logique impérative de sa mission.

Elle avait tort, sans doute, de suppléer ou de dépasser la loi.

Mais de ces illégalités, qui donc était responsable ? Le législateur même.

Aussi a-t-il fait presque toujours son *mea culpa* en consacrant purement et simplement les résultats de la pratique.

§ II

L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE ET LE POUVOIR D'INEXÉCUTER LA LOI.

1.— Sous les régimes d'absolutisme monarchique, on reconnaît d'une manière générale au souverain le *droit de dispense*, c'est-à-dire le droit de soustraire toute personne à l'application de la loi, par mesure individuelle.

Sous les régimes constitutionnels, ce *droit de dispense* n'appartient à l'Administration que d'une manière exceptionnelle et dans les cas expressément déterminés par la loi elle-même : c'est un moyen pour une règle trop rigide de se faire accepter en autorisant un peu d'arbitraire dans son application.

Mais si l'Administration accorde des dispenses à tout le monde, c'en est fait du texte législatif. Or, n'ayant pas, comme nous l'avons dit ailleurs,

l'obligation légale de motiver les dispenses, l'Administration ne trouve dans les textes aucun point d'appui pour résister aux sollicitations. Dans une démocratie, il est difficile de refuser à l'un la faveur accordée à l'autre ; quand le régime démocratique ne supprime pas un privilège, il tend à le généraliser.

Combien de prohibitions législatives ont succombé à l'abus des dispenses ?

Le Code civil interdit l'union du beau-frère et de la belle-sœur, sauf dispense pour des causes graves. Mais en 1904 une circulaire ministérielle est venue prescrire que « l'octroi des *dispenses* » soit désormais « *la règle* ». Après une telle circulaire, que peut-il rester d'une prohibition légale ?

La loi du 2 Novembre 1892, dans son article 8, défend d'employer des enfants de moins de treize ans comme acteurs, figurants, dans les exploitations théâtrales. La libéralité avec laquelle l'Administration a fait de l'exception la règle en a, d'après les rapports mêmes des inspecteurs du travail, annulé tout l'effet utile. Et l'on vit même l'Administration, contrairement à la lettre de l'article 8, délivrer des dispenses pour les représentations dans les cafés.

Petits faits, sans doute, mais petits faits significatifs, comme il en sera beaucoup cité dans cet ouvrage, établi sur les faits.

En matière pénale, le droit de dispense se retrouve sous les noms les plus variés, sous les modalités les plus diverses : c'est le droit de grâce, qui faisait pendant, sous notre ancien régime, aux « lettres de cachet », ou « lettres de disgrâce », ou c'est la libération conditionnelle des condamnés par voie administrative.

Les Allemands ont mieux encore, c'est le « droit d'abolition », dont l'autorité gouvernementale use pour soustraire « un coupable », par mesure spéciale, aux poursuites criminelles.

En résumé, toutes les fois que l'Administration est investie du *droit de dispense*, elle est maîtresse de la vie des lois : la loi se désarme elle-même en donnant à l'Administration le moyen de l'abroger silencieusement avec une apparence de légalité.

2. — Il y a dans toute loi un ordre du législateur à la nation. Mais la nation n'entend cet ordre qu'*à travers* l'Administration.

Une loi se suffit rarement à elle-même. C'est, en quelque sorte, une réglementation *à vol d'oiseau*, et il appartient à l'Administration de la compléter et de la préciser par une réglementation nouvelle déterminant le terre-à-terre des applications particulières.

L'Angleterre, redoutant l'arbitraire administratif, inscrit dans ses lois singulièrement touffues beau-

coup des dispositions que la France réserve pour ses décrets, mais, d'une manière générale, il n'est pas de pays qui refuse au gouvernement le pouvoir réglementaire.

Le règlement, c'est en somme une interprétation de la loi par l'Administration, or une interprétation, même de bonne foi, est souvent, ainsi que la traduction d'une pensée étrangère, une sorte de trahison ; que le règlement serre au plus près le texte législatif, il n'en est pas moins, par définition, une addition, un complément à la loi.

Et, dans le cas fréquent où les dispositions légales ne sont pas complètes en elles-mêmes, si le législateur n'a fixé un délai maximum pour la publication du décret, l'Administration peut retarder indéfiniment, sans illégalité violente, l'application effective de la loi.

La déformation du droit légal par l'interprétation gouvernementale s'est manifestée d'une manière curieuse, dans l'ordre international : en 1902, le grand état-major allemand a publié un recueil officiel intitulé « les Lois de la guerre continentale », à l'usage des officiers. Eh bien ! c'est à peine si ce recueil mentionne les principes consacrés par la Conférence de La Haye de 1899, dans un premier essai de législation internationale. Le monde a un droit écrit de la guerre, mais il sera intéressant d'étudier, au premier conflit, la jurisprudence des

nations, « la jurisprudence des voleurs de grand chemin », affirmait Voltaire.

La loi crée fréquemment des institutions, dont l'idée génératrice est toujours excellente : commissions, comités, conseils, bureaux,... etc. Seulement, elle ne leur donne et ne peut leur donner une vitalité *interne*, une volonté permanente d'action.

Une liste des institutions administratives qui n'ont d'existence, suivant l'expression vulgaire, que sur le papier, serait interminable.

Comme introduction à un projet récent sur l' « obligation scolaire » on lit ces aveux significatifs : « Aux commissions scolaires, la loi avait confié le soin de prévenir et de réprimer les manquements à l'obligation scolaire... Presque partout, les commissions scolaires n'ont pas rempli leur tâche. C'est à peine si elles ont pu se constituer dans 14.600 communes sur 36.000. Là où elles existent, au moins théoriquement, elles ont cessé en fait de fonctionner ».

Quant aux caisses des écoles, *légalement obligatoires dans chaque commune*, ainsi que les commissions scolaires, elles n'ont pas été constituées dans 14,200 communes sur 36,000, d'après une enquête faite en 1900.

Les comités obligatoires de patronage, prévus par la législation des habitations à bon marché,

n'ont fonctionné que d'une façon toute exceptionnelle.

Lorsqu'une institution légale réussit et se développe, c'est qu'elle répondait à un courant de l'opinion et avait été essayée avec succès sous la forme privée : telle la Caisse nationale d'Epargne.

Mais c'est faire à peu de frais œuvre de créateur que d'imiter, en l'amplifiant, une institution toute faite.

L'*intensité* de l'action administrative est un élément qui échappe au commandement législatif : elle est ce qu'elle est, à un moment donné, dans un pays donné, puisqu'elle dépend uniquement de l'esprit d'initiative et de devoir du corps des fonctionnaires.

L'action administrative a besoin d'être provoquée : l'administration applique avec mollesse les lois que personne ne lui demande d'appliquer. Elle a le droit de réclamer des indemnités de plus-values aux propriétaires qui ont bénéficié d'un travail public, elle a le droit d'obliger à certains travaux ou d'interdire l'habitation dans certains locaux, au nom de l'hygiène et de la salubrité publiques : en fait, elle n'en use jamais ou presque jamais. L'État n'est donc pas entièrement sûr d'être obéi par lui-même, c'est-à-dire par ses agents. Car eux aussi, comme les citoyens, sont des hommes, non des rouages.

Il est vrai que, d'après les principes, l'inertie

administrative, malgré sa prolongation, laisse intacte la validité de la loi. Mais, dès qu'on veut réveiller la loi d'un sommeil prolongé, on s'aperçoit qu'elle est devenue inapplicable, *à force d'être inappliquée.*

Une tolérance se transforme insensiblement en droit, et il est aussi difficile de revenir un jour sur cette tolérance que d'abroger une loi adoptée par les mœurs.

Que les syndicats de fonctionnaires, en admettant actuellement leur illégalité en droit français, continuent à vivre pendant dix ans, cette illégalité aura acquis force de loi.

En 1902, le Conseil d'État a déclaré que le décret de 1806, permettant à l'administration d'autoriser en des lieux déterminés l'ouverture de maisons de jeu, n'existait plus depuis soixante-dix ans, parce qu'il avait été abrogé par le Code pénal. Allait-on brusquement poursuivre tous les tenanciers ayant bénéficié de bonne foi d'autorisations illégales? Évidemment non. Mais il a fallu une loi pour mettre fin à cette situation, juridiquement très claire, mais pratiquement inextricable.

Ainsi l'autorité administrative, par une inertie qui élimine des textes vieillis, comme par une activité qui provoque des textes nouveaux, participe autant que le juge à l'évolution spontanée du droit.

§ III

Y A-T-IL UNE SANCTION POSSIBLE DES LOIS, A L'ÉGARD DU GOUVERNEMENT ?

L'autorité gouvernementale et administrative est à ce point jalouse de sa liberté qu'elle n'a peut-être, dans aucun pays, accepté d'être entièrement soumise au régime de la légalité.

En Prusse et dans la plupart des États allemands, la Constitution admet l'hypothèse de règlements *de nécessité* contraires à la loi, si la sécurité publique ou le salut national sont en jeu. L'Autriche a adopté un système analogue. Aux États-Unis, il y a une théorie des actes politiques, permettant de soustraire au contrôle de la justice les actes de pur intérêt gouvernemental. En France, les actes dits « de gouvernement » échappent à tout recours devant une autorité juridictionnelle. L'Angleterre même, dont la tradition est de porter toujours le libéralisme à son maximum, ne refuse pas cependant aux ministres le droit de recourir à l'arbitraire et de violer les règles légales ; seulement, ils doivent demander au Parlement un *acte d'indemnité*, c'est-à-dire une loi ayant pour but de légaliser après coup l'illégalité commise.

Et nous ne parlons pas bien entendu des pays où la confusion de tous les pouvoirs entre les mains

de l'autorité gouvernementale exclut, par définition, la notion même de légalité.

Ainsi il est des cas où le gouvernement s'est fait attribuer un véritable droit à l'illégalité : c'est la part irréductible de la raison d'État.

Mais dans les cas où il est théoriquement soumis à la légalité, les particuliers peuvent-ils toujours obtenir contre lui la répression ou la réparation des actes illégaux?

En d'autres termes. si l'administration exécute les lois contre les particuliers, est-il une sanction possible des lois contre l'administration?

Nous avons consacré à cette question toute une longue étude, dont nous ne pouvons ici que résumer en quelques mots l'esprit et les conclusions. C'est un problème d'un haut intérêt pratique, « car, disions-nous, peu importe que la loi ordonne à l'administration de respecter les droits individuels et les intérêts privés, si l'administration n'est pas tenue de respecter effectivement la loi. »

Or, de ce problème, il n'est que des solutions simplement *approximatives*.

En France, le point de départ de l'évolution du droit administratif a été l'indépendance de l'autorité exécutive à l'égard de toute justice et de toute légalité. Aucun acte ne pouvait être annulé que par l'administration même, juge et partie; aucun dommage causé aux particuliers ne pouvait être

réparé que par la bienveillance du gouvernement, protégé par le dogme de l'irresponsabilité absolue de l'État contre toute action contentieuse. *C'était l'époque où tout acte était dit administratif, parce qu'il était arbitraire et échappait à tout recours, parce qu'il était administratif.*

Aujourd'hui, le droit administratif français a atteint son point de perfection. La juridiction contentieuse, qui trouve son expression suprême dans le Conseil d'État, haute conscience morale de l'administration française, s'est attachée à soumettre l'autorité exécutive au règne de la légalité, en élargissant le recours pour excès de pouvoir, qui tend à permettre à tout intéressé d'attaquer tout acte de la puissance publique, à raison de toute espèce d'illégalité, et l'action en indemnité grâce à laquelle les particuliers peuvent obtenir la réparation pécuniaire de tout préjudice illégalement causé par l'autorité administrative dans l'exercice de sa fonction. Nous croyons avoir démontré, dans notre *Étude juridique de l'Arbitraire gouvernemental*, que le système français constitue la meilleure solution empirique de la sanction des lois à l'égard du gouvernement et de l'administration, et il serait à notre sens impossible de trouver à l'étranger un instrument plus souple, plus énergique, plus économique et plus commode pour imposer à la puissance politique l'observation rigoureuse des lois que

« notre admirable recours pour excès de pouvoir ».

Et ce système présente l'avantage capital d'être subi avec résignation par l'administration active, qui ne saurait tolérer de la part de la justice ordinaire un contrôle aussi minutieux, parce qu'il ne serait pas exercé par des juges d'une compétence aussi spéciale, d'un esprit aussi averti des nécessités propres de la fonction administrative.

Mais, remarquez-le, quel que soit le tribunal investi de la mission d'assurer le respect des lois contre l'administration active, c'est toujours, en définitive, le gouvernement lui-même qui est chargé d'en exécuter les jugements...

« L'autorité administrative est maîtresse de ses initiatives, de son activité. Le juge peut annuler ou réformer ses actes, la condamner à payer une indemnité; il ne peut ni la contraindre à agir, ni agir pour elle; elle échappe à toute coercition, à toute sanction effective[1] ».

Il y a une stratégie administrative pour résister à l'action légale et judiciaire des particuliers : silences systématiques ou retards volontaires.

Et lorsque, malgré tout, un arrêt définitif a été rendu contre les prétentions de la puissance politique, c'est à l'administration qu'il appartient de remettre les choses en l'état où elles se trouvaient

1. *Loc. cit.*, p. 382.

avant l'acte incriminé; elle le doit, mais parfois elle ne le veut pas ou ne le peut plus. L'arrêt qui annule la décision révoquant un fonctionnaire n'annule pas l'acte qui a nommé son successeur.

En d'autres termes, « aussi longtemps qu'un huissier, muni d'un titre exécutoire contre l'État ne pourra saisir et faire vendre un tableau du Louvre ou le mobilier d'une préfecture... la *légalité* de l'action administrative n'aura en dernière analyse d'autre garantie que la *moralité* de l'administration et des administrateurs ». Et saisir une propriété de l'État, ce serait punir en somme les administrés beaucoup plus encore que l'Administration.

Aussi bien la loi même prend-elle soin, parfois, de préserver l'État contre toute pénalité. Si un inspecteur du travail constate dans un atelier privé une violation de la réglementation industrielle, il dresse une contravention. S'il s'agit d'un établissement de l'État, que peut-il faire? Un rapport.

Voilà comment si l'État était tout, la loi ne serait plus rien, car l'État en dernière analyse ne respecte les lois que s'il le veut bien.

Il est vrai que la responsabilité du fonctionnaire, individuellement considérée, pourrait être chez nous, comme en Angleterre, substituée à la responsabilité anonyme de l'État.

Mais notez que la solvabilité d'un fonctionnaire n'est généralement pas à la mesure des dommages qu'il peut causer par sa fonction, que la responsabilité d'un acte administratif est rarement individuelle, à raison de la multiplicité des organes ayant hiérarchiquement participé à sa confection, et qu'enfin celui qui signe ostensiblement un acte n'est presque jamais son auteur réel. C'est même une sorte de principe de notre droit public que la responsabilité légale ne coïncide pas avec la responsabilité matérielle et effective. En un mot, la responsabilité du fonctionnaire, en dehors des fautes lourdes et personnelles, serait à la fois injuste et inefficace.

Ainsi, et pour conclure, par la nature même des choses, l'administration est relativement indépendante de la légalité : elle l'est plus ou moins, mais elle l'est, dans une certaine mesure, partout et toujours.

CHAPITRE III

Le droit sexuel et familial dans la vie et dans les textes.

§ I. Union légale et union naturelle des sexes. — 1. Comment la loi favorise le concubinage en l'ignorant. — 2. Le divorce, statistique judiciaire des ménages désunis.

§ II. Les atteintes modernes au gouvernement césarien de la famille. — 1. L'affaiblissement de l'absolutisme marital. — 2. La limitation de l'absolutisme paternel.

La transformation du droit sexuel et familial a été la conséquence d'une transformation des conditions morales et matérielles de la vie privée : l'initiative délibérée du législateur ne s'y révèle pas.

Bien plus, il semble avoir perdu lui-même confiance dans le pouvoir d'intimidation des textes législatifs : on peut en effet constater dans ce domaine une sorte de retraite graduelle des prohibitions juridiques, et de la répression pénale.

Les lois modernes ne connaissent plus la réglementation minutieuse des rapports sexuels, et notamment des rapports conjugaux, dont les juris-

consultes musulmans ont conservé la tradition, ni les pénalités, non seulement sévères, mais féroces dont les sociétés primitives frappaient l'adultère.

L'échec des sanctions pénales, frappant l'amour contre nature —, amour viril ou bestialité —, est aujourd'hui un fait acquis, et là où ces pénalités ont persisté, leur application est une occasion de scandale, plus qu'un instrument de répression.

« La loi, a observé M. Durkheim dans une vigoureuse étude sur « la Prohibition de l'inceste », ne peut empêcher les choses de produire leurs conséquences naturelles : si, vraiment, la vie de famille nous inclinait à l'inceste, les défenses du législateur resteraient impuissantes ».

La croisade de Saint-Louis contre l' « art impie » des courtisanes est un curieux souvenir historique, et l'interdiction du commerce sexuel, en l'absence du lien conjugal, si elle a été maintenue dans certains pays, Suisse ou Finlande, y est devenue par la nature même des choses une fiction entre beaucoup d'autres fictions.

Dans aucun autre domaine, la loi n'a été aussi incapable de prévaloir contre la souveraineté des mœurs privées, même pathologiques, ou des habitudes sociales, même vicieuses.

Il est intéressant de relever, dans l'évolution de notre droit, quelques exemples particuliers, à l'appui de ces observations générales.

§ I

UNION LÉGALE ET UNION NATURELLE DES SEXES.

1. — Le Code civil ne reconnaît entre les sexes qu'une forme d'union durable, créant des droits et des devoirs réciproques : le mariage.

Mais, à côté des unions légales, il a toujours existé, dans la classe pauvre, un grand nombre de « faux ménages », dans lesquels la femme vit avec l'homme « maritalement », suivant l'expression consacrée. La statistique des naissances illégitimes, suivies d'une reconnaissance immédiate de l'enfant, est à cet égard éloquente.

Comme dit le vieux dicton français :

> Boire, manger, coucher ensemble,
> Est mariage, ce me semble.

Dans ces « faux ménages », l'homme va jusqu'à donner à sa compagne l'usage de son nom, et nul ne refuse aux enfants le nom de leur père naturel.

M. J. Bertillon, ayant constaté dans les grandes villes la fréquence des unions libres, douées, malgré leur caractère illégal, d'une véritable stabilité, avait conclu à l'organisation d'un type simplifié et élargi de mariage, afin de donner à ces familles naturelles un statut légal.

Rome, notre inspiratrice juridique, n'avait-elle pas ainsi plusieurs sortes d'unions sexuelles, suivant la condition sociale des conjoints?

La loi française interdit la recherche de la paternité. Mais précisément, dans l'hypothèse du « faux ménage », la paternité naturelle, à raison du concubinage notoire, de la cohabitation constante, est un fait patent. La loi, observe très justement M. Planiol, dans son « Traité de droit civil », est obligée de fermer les yeux pour ne pas la voir.

Ignorant l'union libre, le Code en empêche-t-il le développement? Tout au contraire, il le favorise, en faisant au père naturel, contre toute équité, une situation *privilégiée*.

La jurisprudence, baromètre très sensible de l'évolution des mœurs, a senti le danger et cherché les moyens de sanctionner juridiquement les devoirs élémentaires du père naturel, à l'égard de sa compagne et de ses enfants : elle a admis la validité de l'engagement pris par le père de pourvoir aux besoins de l'enfant; elle a accordé des indemnités, une pension à la femme séduite et mère.

Procédés indirects! Car le juge se heurtait à une prohibition légale. Mais enfin le juge *a vu le père*, là où la loi s'obstinait à ne pas le voir. Il a consacré dans la mesure extrême des possibilités égales le droit de l'enfant, et le droit de l'enfant,

c'est tout ce qu'il y a de « social » dans l'union des sexes.

La femme, de son côté, si elle est pécuniairement indépendante par ses gains personnels, vit avec son compagnon sur le pied de l'égalité la plus parfaite, et, dans la famille naturelle, l'enfant est à la mère autant, sinon plus, qu'au père.

Aussi bien le mariage légal, dans notre droit contemporain, tend-il à se modeler sur l'union naturelle, dont il prend graduellement, à mesure qu'il est plus facilement formé, et plus facilement dénoué, le caractère fragile et égalitaire. C'est l'effacement de la loi, dans le domaine sexuel, mais si la loi s'incline devant la nature, en introduisant la liberté dans l'union régulière, elle ne respecterait pas moins les faits, en donnant à l'union libre les conséquences juridiques qui doivent normalement dériver de l'existence même d'une « famille », quoique constituée par un accord purement privé.

La multiplication des unions libres marque une tendance malheureuse vers l'amoindrissement de la famille. Mais ce ne serait en aucune manière l'encourager que de donner une sanction juridique au *devoir* du père naturel.

Quel est l'obstacle véritable au développement de l'union naturelle ? Le discrédit moral relatif dont elle est encore frappée par l'opinion. Dans

les milieux ouvriers, où l'union libre est acceptée, voire respectée, elle est aujourd'hui fort répandue.

En un mot, la force du mariage légal réside essentiellement dans l'appui des mœurs. Nous ne voulons pas démontrer autre chose.

2. — Le divorce est toujours présenté comme une institution proprement juridique, que la loi est maîtresse de créer ou de supprimer. C'est une erreur, ou une illusion d'optique. Le juge qui prononce un divorce a l'air de dissoudre le lien conjugal, mais ce lien dans la majorité des cas n'avait plus qu'une existence nominale. Comme il y a une union libre, il y a un divorce naturel, résultant de la séparation morale ou matérielle des conjoints : la loi manquerait simplement de sincérité si elle affirmait l'indissolubilité du mariage.

Les jugements de divorce fournissent en somme une *statistique* des ménages brisés, mais si cette statistique n'était dressée par personne, faudrait-il en conclure que tous les ménages sont unis ? Et d'ailleurs cette statistique elle-même est incomplète : il est des divorces naturels qu'aucun juge n'a consacrés. Quant à la séparation de corps forme atténuée du divorce légal, elle ne laisse subsister du mariage que le mot.

Il dépend uniquement des mœurs que le divorce soit un remède ou un abus.

De tout temps, les Romains ont connu le divorce : la sévérité des mœurs primitives en faisait un scandale redouté ; sous la décadence romaine, il devint un moyen commode de déguiser la polygamie successive.

Notre Code civil dans son texte primitif admettait le divorce large : de 1804 à 1816, il n'y eut cependant qu'un petit nombre de divorces. En 1884, le législateur a ressuscité le divorce, sous une forme étroite : on divorce beaucoup et la pression des mœurs a été si continue et si énergique qu'elle a déformé la loi au point de l'annuler.

Suivant le rythme ordinaire de l'évolution du droit, la jurisprudence a d'abord cédé : le juge ne s'est pas contenté de donner l'interprétation la plus extensive des causes légalement déterminées du divorce, il a permis à l'épouse adultère, en taisant le nom de son complice, de se marier avec lui après divorce, malgré la prohibition légale ; il a fait de la conversion de la séparation de corps en divorce, presque toujours accordée même à l'époux coupable, une simple formalité... Et comment le juge aurait-il pu résister efficacement à l'ingéniosité des parties, introduisant dans la pratique la plus courante, par le moyen d'adultères fictifs ou d'injures convenues le divorce par consentement mutuel.

Après la jurisprudence, la loi, au lieu de réagir,

a obéi à son tour au commandement des mœurs. Sur tous les points précédemment signalés, des textes législatifs ont consacré ou vont incessamment consacrer la voix de la pratique.

Il est cependant des cas où la loi n'a pas renoncé à méconnaître les conditions naturelles de l'union des sexes, ou de la dissolution du lien conjugal. Un mari ayant soutenu devant la Cour de Caen que le mariage avait, notamment, pour but « la satisfaction légitime des désirs de la nature », se vit répondre, par un arrêt de 1882, qu'un tel système n'était pas défendable, attendu qu'il rabaissait la femme au rôle d' « appareil sexuel », d' « organisme propre à faire des enfants et à satisfaire les passions du mari ». Et il résulte en effet d'un arrêt de la Cour de Cassation du 6 avril 1903 que l'absence d'organes génitaux normalement constitués n'est pas une cause de nullité du mariage.

Malgré des échecs répétés dans sa lutte contre la nature, la loi ne s'est pas encore résolue à un sage désarmement.

§ II

LES ATTEINTES MODERNES AU GOUVERNEMENT CÉSARIEN DE LA FAMILLE.

1. — « Tout mari peut battre sa femme, dit Beaumanoir dans ses *Coutumes de Beauvoisis*,

quand elle ne veut pas obéir à son commandement..., pourvu que ce soit modérément et sans que mort s'ensuive. »

Telle était, en matière conjugale, le sentiment de l'ancienne France : l'association familiale, comme la société politique, était organisée suivant le principe monarchique.

D'où l'incapacité de la femme mariée, énergiquement maintenue par le Code Napoléon. Car l'esprit du césarisme ne diffère pas essentiellement de l'esprit de la monarchie.

Mais, sans le savoir, les auteurs du Code ont donné à la femme mariée des moyens d'émancipation que la pratique a mis en lumière.

Il est une amusante boutade de je ne sais quel jurisconsulte anglais : c'est que l'esclavage repose au fond sur l'opinion des nègres.

On peut dire que chez nous, dans un grand nombre de cas, le pouvoir marital a pour fondement la docilité des épouses, car il dépend d'elles, en usant d'un Code qui entendait les tenir pour servantes, de se faire les associées de leur mari.

« Même dépourvu de vertu, dit le livre de Manou, même amoureux de plaisir et sans qualités, le mari doit être adoré comme un Dieu par une femme fidèle », et voilà pourquoi l'administration anglaise, aux Indes, a dû vaincre la résistance de

veuves éplorées, qui tenaient à être brûlées sur le bûcher marital, suivant un antique usage.

Mais il est, en France, des femmes qui veulent être émancipées.

En principe, le mari est seigneur et maître de la communauté. Seulement, dans le rôle passif que la loi lui assigne, la femme jouit d'une double garantie : elle possède une hypothèque légale sur les biens du mari, et a le droit de renoncer à la communauté! Double menace planant sur les créanciers du mari, si la femme ne leur accorde une subrogation bienfaisante, ou ne met sa signature à côté de celle de son mari. Double moyen, en conséquence, pour l'épouse, d'assurer son influence dans le ménage : c'est l'émancipation de la femme par la richesse. Il est vrai que la femme ignorante peut signer les yeux fermés et, au lieu d'acquérir l'influence, se priver de la protection. On n'a jamais que le droit qu'on sait prendre ou garder.

La grande industrie, en créant l' « ouvrière », a rompu dans la classe pauvre l'unité économique du ménage. Lorsqu'on lit le Code civil, on voit bien que les rédacteurs songeaient surtout aux femmes bien dotées, épousant des propriétaires fonciers. Mais ils n'avaient pas prévu la femme qui travaille à l'atelier. Comment cependant laisser un mari paresseux ou ivrogne venir toucher le salaire de sa femme, ou faire main-basse sur les modestes éco-

nomies déposées par elle à la Caisse d'épargne? Telle était la loi. En pratique, le patron, se souciant peu des textes, payait directement la femme, et, d'autre part, l'autorité administrative, comme l'autorité judiciaire, s'ingéniaient à multiplier les formalités et les frais à l'égard du mari, désireux de capter l'épargne de sa femme. Une loi récente est enfin venue consacrer le droit de la femme à la libre disposition de son salaire ! C'est l'émancipation de la femme par le travail.

Il est dans notre législation des dispositions frappées à mort par les mœurs, parce qu'elles sont une survivance de l'absolutisme marital : celles qui prévoient une sanction correctionnelle contre la femme adultère, ou qui autorisent le mari à faire ramener *manu militari* sa femme au domicile conjugal. En fait, les tribunaux réduisent à son minimum légal la peine de l'adultère, et il serait difficile de citer un seul cas où la force armée ait été mise à la disposition d'un mari.

Comme l'exprimait en termes excellents M. Delzons dans une étude sur le « Droit des femmes », « l'interprète sent le malaise d'une antinomie irréductible : la loi n'est plus assez forte ; elle l'est encore trop, il faut la changer... ».

2. — La conscience moderne réprouve plus encore l'absolutisme paternel que l'absolutisme

conjugal. Mais la loi française, pénétrée de l'esprit autoritaire légué par Rome à notre ancien droit, a mis longtemps à reconnaître le devoir du père, le droit de l'enfant : les usages administratifs et judiciaires lui ont, illégalement, indiqué la voie.

Avant la loi de 1889, il n'y avait dans les textes aucune disposition particulière permettant à l'autorité publique de soustraire à un père indigne un enfant élevé dans l'ignorance et l'immoralité. Seulement, il était dans le Code un article excluant de la tutelle les personnes d'inconduite notoire; un autre article permettait d'enlever la garde des enfants aux parents indignes, en cas de divorce. Qui ne peut être tuteur, disait le juge, ne saurait être père, et le mauvais père n'est-il pas mauvais père pendant le mariage comme après le divorce? Audacieuse logique! Le législateur a compris et l'enfance est aujourd'hui protégée.

Le droit *absolu* du père a conservé cependant une application légale : le père, d'après l'article 376 du Code civil, peut faire détenir pendant un mois son enfant âgé de moins de seize ans. Le Président du Tribunal, qui délivre l'ordre d'arrestation, doit, en principe, obéir à la réquisition du père. En pratique, une enquête est ouverte, et si elle démontre l'indignité du père, sa demande de détention par voie de correction paternelle a quelquefois pour effet imprévu d'entraîner contre lui

l'ouverture d'une procédure tendant à le priver de sa puissance paternelle.

Juste retour des choses d'ici-bas : on cherche l'enfant coupable, on trouve le père criminel.

Cette atténuation coutumière du droit absolu de correction paternelle n'est-elle pas l'amorce d'une réforme législative?

CHAPITRE IV

Le conflit de la Loi et de l'Évolution économique.

§ I. Le développement autonome du droit du capital.
§ II. Les délits ouvriers d'hier comme éléments du droit ouvrier d'aujourd'hui.

L'originalité profonde des sociétés modernes est presque tout entière dans leur structure économique : le problème de l'État, ou de la Famille, s'est clairement et complètement posé à Rome, ou à Athènes, mais les sociétés antiques ne connaissaient pas la grande industrie.

Le législateur ne peut ni commander, ni deviner, ni empêcher l'évolution économique ; il est donc obligé de la subir, car la nature économique d'une transaction détermine plus ou moins, par elle-même, sa formule juridique. De ce perpétuel et inévitable conflit, n'y a-t-il pas une manifestation psychologique dans l'hostilité latente ou aiguë,

qui règne généralement entre le monde du droit et le monde des affaires ou du travail ?

Il est certain qu'en France, si les lois avaient été servilement respectées dans leur texte et dans leur esprit, *la société moderne n'existerait pas.*

La structure économique de la société moderne s'analyse en effet en deux termes à la fois associés et antagonistes : capital et salariat. Or, ni le capital, ni le travail, dans leur organisation actuelle, n'ont été sans lutte admis dans le cercle de la légalité.

§ I

LE DÉVELOPPEMENT AUTONOME DU DROIT DU CAPITAL.

Le prêt à intérêt, qui est devenu sous des formes multiples et diversifiées l'instrument nécessaire du progrès commercial, a commencé par réunir contre lui le double anathème du droit canonique et du droit laïque. Il a triomphé de l'un comme de l'autre.

Sous l'ancien régime, l'imagination des praticiens avait permis, par une riche floraison de contrats déguisant sous des modalités adroites leur véritable nature, le développement juridique de l'usure chrétienne.

La limitation du taux de l'intérêt commercial à

un maximum légal n'était pas plus justifiée, et ne pouvait être plus efficace. Dans les temps de disette monétaire, comment trouver de l'argent au taux légal pour une entreprise aléatoire et quelle entreprise commerciale n'est pas aléatoire ? Aussi bien était-il singulièrement facile de tourner la loi, par une élévation fictive du capital prêté et l'État, qui ne pouvait tricher, savait pour ses emprunts, se dispenser légalement de la règle tutélaire promulguée pour autrui. Cependant, la liberté de l'intérêt commercial n'a été consacrée qu'à la fin du XIXe siècle, en 1886. L'hostilité légale à l'égard de cette liberté si lentement acquise ne se manifeste plus aujourd'hui dans notre Code que par la disposition interdisant la capitalisation des interêts, à moins d'un an. Mais les règles admises aujourd'hui dans la pratique en matière de compte courant, annulent en fait, si même elles ne la contredisent juridiquement, la prohibition légale : d'ailleurs si la loi était rigoureusement appliquée, elle retarderait seulement de quelques semaines, sur quatorze années, le doublement du capital. Le législateur n'avait pas fait ce petit calcul.

La liberté de la spéculation, comme la liberté de l'intérêt commercial, n'a pas rencontré d'abord la faveur législative. Le *jeu de bourse*, c'est une spéculation sur les fluctuations des cours : or, précisément, avant 1885, le Code pénal interdisait le

pari sur la hausse et sur la baisse, le marché à terme... Mais, à partir de 1848, la répression, déjà affaiblie, devint à peu près nulle, et le législateur finit par s'incliner devant le rôle économique, aujourd'hui incontesté, de la spéculation financière. On se demanda, d'ailleurs, au lendemain de la loi, ce qu'elle pouvait bien avoir changé à la pratique : elle l'avait surtout *légalisée*.

Les capitaux individuels ne sont pas à la mesure des grandes entreprises industrielles ou commerciales : elles supposent la mise en œuvre d'un capital collectif souvent énorme, s'alimentant à un nombre infini de sources particulières. La loi a-t-elle facilité cette socialisation naturelle du capital productif ? En aucune manière. Elle a tenté de limiter l'essor des sociétés anonymes, en les soumettant à l'autorisation discrétionnaire et à la tutelle de l'administration. La police gouvernementale des sociétés commerciales a disparu seulement en 1867 pour les sociétés anonymes en général, elle a survécu jusqu'en 1905 à l'égard des sociétés d'assurances sur la vie.

Eh bien ! la physiologie économique des nations contemporaines serait-elle ce qu'elle est, sans la triple liberté de l'intérêt commercial, de la spéculation financière et de la société anonyme ?

D'une manière générale, le droit commercial, qui est une moitié du *droit économique*, dont le

droit ouvrier constitue l'autre partie, est né des usages librement établis et continue à se transformer par les usages.

A l'origine, le droit commercial se détachant du droit civil, n'a pas été autre chose qu'une grande et victorieuse protestation de la pratique contre un droit commun trop étroit, trop lent et trop complexe, appliqué par des juges trop formalistes, étrangers à l'esprit du commerce.

Ce n'est pas le législateur qui pouvait *a priori* imaginer la lettre de change, le titre nominatif, ou le « report » des boursiers.

Toutes les fois que la pratique des affaires crée un nouveau type de contrat, on assiste à un effort des juristes professionnels pour le faire rentrer dans les cadres préétablis de tel contrat connu : mais cet effort même, par son insuccès, démontre le caractère original de la convention nouvelle et combien il est vain de refuser à cette convention spéciale les règles spéciales qui résultent de sa nature économique.

L'esprit unitaire accepte de mauvaise grâce la dualité traditionnelle du droit commercial et du droit civil. N'est-ce pas reconnaître *deux droits communs ?* Sans doute, et il y en a bien d'autres... Mais le point essentiel est de savoir si le droit civil se prêterait au développement des relations commerciales qui reposent sur la conception d'un

large crédit réciproque, crédit moral et crédit pécuniaire, beaucoup plus que sur l'idée d'une contrainte impérative et tutélaire, émanant d'un tiers, fût-il législateur.

Si la fusion du droit commercial et du droit civil nous paraît devoir quelque jour se réaliser, ce sera au profit du droit commercial, parce qu'il est plus près des faits.

On s'explique la réflexion mélancolique de Proud'hon, dans son « Manuel du spéculateur à la Bourse » :

« La masse des transactions prend de plus en plus le caractère commercial et livrée à l'incertitude des définitions mercantiles, à la contradiction des théories économiques, désespère la conscience du juge, et défie la science du jurisconsulte. »

§ II

LES DÉLITS OUVRIERS D'HIER, COMME ÉLÉMENTS DU DROIT OUVRIER D'AUJOURD'HUI.

« L'ouvrier, écrivait M. Glasson, a été presqu'entièrement oublié dans notre Code civil... » Mais le Code pénal n'avait pas à son égard conservé le même silence : le droit de grève et le droit de syndicat, double élément de la liberté ouvrière. ont commencé par être des délits.

Continuant l'individualisme en quelque sorte moléculaire de la Révolution française, l'individualisme du Code concevait seulement l'ouvrier isolé devant le patron isolé : le régime du tête-à-tête forcé, suivant un mot célèbre du professeur Marc Sauzet. Mais la grande usine, rassemblant autour de ses moteurs la force humaine disséminée dans les petits ateliers d'artisans, créa la vie collective de la classe ouvrière. Ainsi la puissance aveugle des choses, au lendemain du Code menaçait de ruiner sans délai le dessein prémédité du législateur : elle mettait en effet à la place de l'ouvrier isolé l'agglomération ouvrière, syndiquée pour ainsi dire par le patron lui-même et qui devait songer à une action commune parce qu'elle était douée d'une pensée commune, traduisant des intérêts solidaires. Le droit de grève et le droit de syndicat étaient virtuellement nés ; ils attendirent celui-là jusqu'en 1864, celui-ci, jusqu'en 1884 leur consécration légale.

La loi de 1864 ne reconnaissait qu'à moitié le droit de grève, simplement parce qu'elle voulait ignorer le droit de syndicat. Il était évidemment contradictoire d'autoriser la grève en interdisant, soit de la préparer, soit d'en consolider les résultats, par une organisation permanente de la collectivité ouvrière. Aussi bien, malgré les rigueurs du Code pénal, l'association professionnelle était-elle

devenue, comme la grève, un mode courant d'action économique. La tolérance gouvernementale, réservant d'abord aux associations patronales la faveur de l'illégalité, fut étendue sous le second Empire aux associations ouvrières : se développant rapidement sur le modèle des Trade's Unions anglaises, elles cessèrent de se déguiser sous les apparences trompeuses d'une société de secours mutuels ou à capital variable. C'était le moment où la survivance d'une négation législative ne suffit plus à dissimuler la formation d'un droit nouveau. Malgré le réveil spasmodique, à certaines époques, de l'hostilité administrative, la loi de 1884, combattue cependant comme l'annonce d'une véritable révolution, ne fit en réalité que donner une charte régulière à l'organisation spontanée de la classe ouvrière. La coutume arrivait à la dignité du texte législatif.

Cette évolution du droit ouvrier, en dehors de la légalité stricte, n'est pas particulière à la France : en Allemagne et en Angleterre, comme en France, la grève a été considérée comme une insurrection, avant d'être admise comme l'exercice pacifique d'un droit, et les associations professionnelles, avant de recevoir l'estampille parlementaire, étaient dès longtemps entrées dans les mœurs ouvrières.

Ici et là, par conséquent, le législateur, par une résistance stérile, a laissé prendre à des délinquants le rôle social d'initiateurs : il a fait un *droit* d'un *délit généralisé*.

CHAPITRE V

Le droit corporatif et la loi nationale.

§ I. La survivance du droit canonique : l'Église catholique et les congrégations.
§ II. La renaissance du droit corporatif : théorie juridique de la souveraineté des syndicats ouvriers.

> « Le pouvoir n'est en somme que le privilège de se faire obéir. »
> G. Tarde.

L'unité de la souveraineté est indispensable à la santé de l'État : c'est Bluntschli qui l'a dit. Et puis, suivant une admirable explication, empruntée à un traité de droit, l'État est un ; par suite, la souveraineté est une, puisqu'il ne peut y avoir plusieurs unités, l'essence de l'unité étant d'être unique... Bel exemple de raisonnement verbal. Mais voyons les faits.

La souveraineté, d'après une définition de M. Esmein, c'est une autorité qui naturellement ne reconnaît pas de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit.

A qui doit appartenir la souveraineté, ainsi définie ?

A l'État tout seul, « association sans pareille ».

Or, cette autorité souveraine, l'Église catholique a toujours prétendu l'exercer, et les syndicats ouvriers la revendiquent aujourd'hui.

La Révolution française a condamné les associations, — congrégations et corporations, — comme faisant échec à la fois à la puissance publique, en dressant contre elle de petits États dans l'État, et à la liberté individuelle, en la soumettant à la volonté impérative d'un groupement; avait-elle tout à fait tort de penser qu'il y a dans toute association, *ayant un objet social*, une souveraineté qui commence et un droit qui s'élabore?

§ I

LA SURVIVANCE DU DROIT CANONIQUE : L'ÉGLISE CATHOLIQUE ET LES CONGRÉGATIONS.

Le droit de l'Église catholique, c'est un droit corporatif qui s'en va : l'Église catholique est un État déchu, qui a conservé tout le décor de la souveraineté et toutes ses prétentions, avec un seul de ses attributs, lui-même ébranlé, la personnalité internationale.

Hier encore, le régime concordataire reconnais-

sait à l'Église, sous la condition d'un laissez-passer gouvernemental, le droit de promulguer en France par ses brefs, ses rescrits, ses décrets ou ses mandats des règles officiellement obligatoires pour les fidèles.

La séparation des Églises et de l'État a transformé la condition légale, mais n'a pu modifier la condition naturelle de l'Église catholique.

L'Église catholique a toujours son gouvernement, ses lois, ses tribunaux, et les évêques sont dans le monde les préfets de la collectivité catholique.

L'Église est un État, parce qu'elle commande à ses fidèles et ne discute pas avec eux; elle est un État au plus haut point, *parce qu'elle ignore l'individu.*

Et si les États laïques continuent leur évolution libérale, c'est chez l'Église catholique qu'il faudra bientôt étudier l'ossature vigoureuse d'un véritable État, au sens traditionnel, un État pleinement souverain, infaillible et irresponsable.

Le conflit séculaire de l'Église et de l'État, c'est le conflit de deux souverainetés rivales, prétendant exercer, l'une à l'exclusion de l'autre, le même pouvoir, sur les mêmes citoyens, presque dans le même domaine.

Car la législation civile et la législation religieuse se rencontrent nécessairement sur le terrain so-

cial. N'y a-t-il pas dans toute religion, comme l'a très bien vu Guyau, une sociologie ?

Une école catholique, ce n'est pas une école *privée :* c'est une école de l'Église. Une congrégation, ce n'est pas une association *privée :* c'est une association autorisée par l'Église et subordonnée à l'Église.

C'est pourquoi la législation civile tend à faire une situation différente aux écoles et associations catholiques, d'une part ; aux écoles et associations privées, d'autre part : elle trouve, en effet, devant elle, ici l'individu, là *un État...*

Il est vrai que si l'Église règne toujours sur ses fidèles, elle les gouverne moins et que la législation religieuse, étrangère à l'évolution, ne reste en apparence absolue que parce qu'elle est devenue en partie nominale.

Mais les commandements de l'Église n'ont pas absolument perdu toute efficacité : ils constituent donc, à l'égard de l'État, une force hostile ou indifférente, dont le législateur ne doit ni ignorer l'existence, ni méconnaître l'intensité.

§ II

LA RENAISSANCE DU DROIT CORPORATIF : THÉORIE JURIDIQUE DE LA SOUVERAINETÉ DES SYNDICATS OUVRIERS.

Le droit syndical, c'est un droit corporatif qui vient : « La collectivité, a dit M. Waldeck-Rousseau, peu à peu dicte ses lois, sa prépondérance s'accroît avec le nombre de ses adhérents, elle exerce dans cette limite une souveraineté économique; elle tend ainsi à constituer dans chaque industrie, et dans chaque métier, une sorte de gouvernement du travail, imposant des règles obligatoires ».

Comme la Royauté, la classe ouvrière a trouvé ses légistes, et, dans son ouvrage sur *le Fédéralisme économique,* M. Paul-Boncour a esquissé en traits saisissants ce que nous pouvons appeler *une théorie juridique de la souveraineté des syndicats ouvriers :* il voit dans le syndicat professionnel le germe d'un groupement destiné à revêtir les mêmes attributs que les groupements politiques, et d'abord le pouvoir de légiférer ou de réglementer dans l'ordre économique.

La liberté d'association est la moins *individualiste* de toutes les libertés, et la Révolution française l'avait bien vu, qui avait sanctionné la liberté

du travail par l'interdiction des groupements professionnels.

« La liberté du travail, complétée par la liberté d'association, dit M. Paul-Boncour, exclut la liberté du travail, *telle que l'avait établie la Révolution.* »

La logique du régime économique fondé sur le syndicalisme aboutit, en effet, au contrat collectif de travail.

Or, le contrat collectif a pour effet de limiter ou de supprimer la liberté individuelle de l'ouvrier isolé, dès qu'il se trouve en conflit avec l'intérêt commun de la profession, représentée par le groupe.

Il ne suffit pas d'affirmer doctrinalement que le droit d'un seul ouvrier à travailler est aussi sacré que celui de tous les autres à ne pas travailler : il s'agit de savoir si, dans la grande industrie moderne, *un seul* peut continuer à travailler, lorsque *tous* ont quitté le travail.

Nous sommes donc ainsi ramenés une fois de plus d'une question de droit à une question de fait.

Quel est le but du contrat collectif? Déterminer dans une profession les conditions du travail. Mais cette détermination ne signifierait rien si le patron conservait le droit d'embaucher un ouvrier, au-dessous du tarif syndical. Il y aurait là une violation

évidente du contrat collectif. Ce contrat, passé par le syndicat, vaut contre les tiers ou ne vaut rien... : plutôt qu'un contrat au sens ordinaire du mot, il est donc *une réglementation* des conditions du travail, édictée d'un commun accord par le patron et le syndicat. Le patron s'oblige à respecter le tarif syndical, comme les Compagnies de chemins de fer à respecter les tarifs homologués par l'État; ni le patron, ni la Compagnie de chemin de fer ne peuvent, à un individu isolé, faire des conditions particulières. Le contrat collectif est anonyme et égalitaire : il recherche un avantage global pour la profession, mais ne prévoit pas un salaire d'exception pour les ouvriers d'exception.

M. Jay a fort bien exprimé le rôle du syndicat dans le contrat collectif de travail : « ... A certains égards, le syndicat apparaît comme le délégué et le précurseur du législateur. Comme le législateur, il prétend enfermer dans des limites précises, et d'avance posées, la concurrence entre ouvriers et la concurrence entre patrons ».

Mais, faire cesser la concurrence, c'est précisément supprimer la liberté du travail, entendue à la manière de la Révolution.

En Angleterre, en France, aux États-Unis, en Allemagne, en Australie, le régime du contrat collectif est en train de devenir le régime courant de la grande industrie. Prévu ou non par les textes

législatifs, il est entré dans la coutume, car il résulte nécessairement du droit de grève et du droit de syndicat. Il donne à l'action collective de la classe ouvrière son expression juridique.

Tout n'est pas contractuel dans le contrat, a observé M. Durkheim. On pourrait dire que dans le contrat collectif de travail, il n'y a presque rien de contractuel. Car le syndicat généralement insolvable ne s'engage à rien, même lorsqu'il contracte :

« Qui n'a rien, ne doit rien », a dit M. E. Lévy, professeur à la Faculté de droit de Lyon, et, d'après lui, l'idéal, c'est en somme une classe ouvrière toute nue, parce qu'on ne peut rien lui prendre.

Dans ces conditions, le contrat collectif est bien une loi imposée de façon unilatérale par le syndicat à la profession. Tous les droits sans responsabilité : c'est la formule même de la souveraineté.

Toute association professionnelle, par l'autorité collective qu'elle exerce sur ses membres, leur enlève une part, si petite soit-elle, de leur libre-arbitre individuel. « Contractuelle » par son origine juridique, une association est toujours « corporative » par la nature de son action économique et sociale.

Il n'en est pas une qui ne pose ouvertement ou secrètement sa candidature à la souveraineté professionnelle.

En un mot, entrer dans une association, ce n'est

pas simplement signer un contrat, c'est adhérer à une discipline; plus clairement, devenir une cellule dans un organisme.

Il est vrai que personne n'est tenu d'entrer dans une association professionnelle et que chacun peut en sortir. Mais, remarquez-le, lorsque le syndicat règne par le contrat collectif, *sortir du syndicat, c'est sortir de la profession.* Du moment qu'un ouvrier est obligé de subir un contrat collectif, il est *syndiqué malgré lui.*

Cette emprise étroite du groupe sur l'individu se fait sentir surtout dans la classe ouvrière. Car le travail ouvrier, dans la grande industrie, est un travail collectif, confié à des unités similaires. Mais on peut être commerçant ou industriel *tout seul.* C'est pourquoi dans les groupements professionnels, autres que les syndicats ouvriers, la souveraineté de l'association sur ses membres et sur le milieu est beaucoup moins pesante. Le développement des trusts ou des cartels montre cependant que le syndicalisme n'est pas seulement une philosophie de l'action ouvrière.

Il est peu de corporations *légalement* obligatoires, comme celles des avoués, des avocats, des notaires, en France; mais beaucoup de syndicats, — syndicats ouvriers ou syndicats de producteurs, — sont en train, dans le monde, de devenir *socialement* obligatoires.

La tendance spontanée à l'avènement de la démocratie égalitaire dans l'ordre industriel a déjà trouvé, en certains pays, comme la Nouvelle-Zélande, sa consécration législative. L'arbitrage obligatoire a pour effet de transformer le contrat de travail en une réglementation édictée par une autorité supérieure aux parties, comme l'autorité politique est supérieure aux citoyens.

De convention librement passée entre deux parties, nous voyons ainsi progressivement le contrat du travail devenir *une loi* votée par une majorité, sinon imposée par une minorité agissante à une majorité passive.

Cette organisation collective du travail, encore inachevée, est le fruit d'une évolution naturelle, non d'une intervention légale. En France, il est difficile, sinon impossible, d'en concilier les traits caractéristiques avec les principes traditionnels de notre législation civile.

Mais la souveraineté économique des syndicats, toute relative d'ailleurs, n'en est pas moins un fait, une force. Il est visible que, dans la grande industrie, l'ouvrier subit l'autorité du syndicat comme celle de l'État.

Pour conclure, la loi de l'État, sur le terrain économique, se heurte à la loi de la profession : n'est-ce pas, dans un cas particulièrement grave, le conflit du droit légal et du droit spontané?

CHAPITRE VI

Le Droit des Contrats et le Droit de l'Etat.

§ I. — La dérogation aux lois par accord privé.
§ II. La réaction contractuelle a l'égard des lois impératives.

« Convenances vainquent lois. »
A. Loisel, 1536-1617, *Maximes ou Institutes coutumières*.

Le droit impératif, dans les sociétés modernes, tend-il à s'effacer et à disparaître devant l'extension si remarquable des relations contractuelles?

Il semble, en effet, naturel que plus les individus contractent, moins l'État commande, et, d'après Summer-Maine, la loi deviendrait aujourd'hui une simple garantie de l'exécution fidèle des contrats, abandonnés dans le détail à la libre initiative des particuliers.

Mais la vérité est que les lois se multiplient comme les contrats et que, par une singulière contradiction, plus les individus contractent, plus l'État veut commander.

Sans doute, il convient de remarquer, avec M. Fouillée, que l'idée de contrat occupe la grande partie de nos Codes, et demain, peut-être, y tiendra toute la place, « du premier article jusqu'au dernier ». Mais lorsque la loi parle de la liberté des conventions, c'est généralement pour la restreindre. Les juristes savent, par expérience personnelle, que les rapports privés sont de nos jours soumis à une réglementation surabondante : les Codes les plus récents ne sont pas assurément les plus courts, les lois les plus modernes ne sont pas les plus libérales.

§ I

LA DÉROGATION AUX LOIS PAR ACCORD PRIVÉ.

Il y a des lois facultatives, dont les dispositions, applicables dans le silence du contrat, peuvent être librement écartées par les parties.

De ces lois, non des lois modernes en général, il est vrai de dire qu'elles sont une simple surface sous laquelle se meuvent des règles contractuelles toujours changeantes.

Il est de leur valeur un critérium bien simple : comme leur but est d'exprimer la volonté tacite des parties, elles sont mauvaises si les contrats y

dérogent souvent; excellentes, si les contrats n'y dérogent jamais. Une disposition légale, dont une *clause de style*, insérée dans les conventions, écarte systématiquement l'application, est dans nos Codes une survivance inutile. Il convient de l'éliminer, si l'on ne veut, ou ne peut en faire une disposition rigoureusement impérative.

Avant 1897, on considérait en France la commande d'une machine à vapeur comme un contrat ferme. Mais la jurisprudence, étendant à la construction des machines une disposition légale faite pour la construction des édifices, vint décider que le marché pouvait être résilié, moyennant indemnité. Grande émotion dans le monde des affaires. Le ministre indiqua le remède : c'était d'introduire dans les contrats une clause dérogatoire. Mais, dans un cas semblable, la meilleure solution n'est-elle pas de changer la loi?

L'étude des *clauses de style* est précieuse pour le législateur, parce qu'elle lui indique, par une sorte de referendum contractuel, indéfiniment ouvert, l'orientation des volontés particulières.

C'est la pratique notariale, obéissant au vœu des parties, qui a fait comprendre au législateur, par les clauses insérées dans les contrats de mariage, la nécessité de reconnaître au conjoint survivant un droit d'usufruit sur les biens du défunt. On sait, en effet, que par suite d'une erreur matérielle

dans notre Code civil, une femme se trouvait exposée, par la mort imprévue de son mari, à passer de l'opulence à la misère, sans avoir même le droit de réclamer des aliments aux héritiers de son époux! La réforme qui s'imposait au lendemain du Code a été réalisée en 1891, et le législateur a enfin étendu à tous les conjoints le bénéfice du droit d'usufruit qu'il avait, près de vingt années auparavant, accordé aux veuves des déportés de la Nouvelle-Calédonie.

C'est la pratique notariale qui a fait reconnaître aux créanciers hypothécaires, sur l'indemnité d'assurances payée après l'incendie de l'immeuble, le droit privilégié que leur refusait la jurisprudence.

La *clause de style* est une loi toute faite : cela est si vrai qu'il arrive à la jurisprudence, lorsque la clause de style est entrée définitivement dans les mœurs, de la sous-entendre, si elle n'est pas expressément énoncée. Comment le juge hésiterait-il à faire bénéficier le naïf d'une petite rouerie que le premier homme d'affaires venu lui aurait indiquée ?

Si toutes les lois étaient facultatives, la conciliation du droit spontané et du droit légal serait pleinement réalisée. Le législateur se proposerait simplement, en inscrivant dans les textes les règles communément pratiquées, de simplifier et d'abréger la rédaction des contrats.

Le Code, en un mot, serait *le cahier permanent des clauses et conditions générales de la vie contractuelle.*

Mais il est beaucoup de lois impératives qui, bien loin d'exprimer le vœu des intérêts privés, ont pour but essentiel de les soumettre au joug de dispositions rigoureusement obligatoires, inspirées par l'intérêt général.

Dans le langage courant, la loi impérative est même la seule vraie loi.

§ II

LA RÉACTION CONTRACTUELLE A L'ÉGARD DES LOIS IMPÉRATIVES.

Les innombrables professionnels qui vivent du droit, font aussi vivre le droit : ils mettent leur connaissance approfondie des textes législatifs au service des intérêts privés, et par là se trouvent à un poste d'avant-garde dans l'incessante escarmouche du droit naissant contre le droit consacré.

Les spécialistes, qui assistent ou conseillent les parties, n'ont pas pour mission, comme le juge ou l'administration, de combattre pour l'État et pour la loi : ils cherchent à travers les textes et les arrêts les moyens de faire triompher le libre accord des volontés particulières.

Si le juge tourne la loi, c'est par accident, ou par nécessité : les praticiens du droit la tournent un peu par métier, et les combinaisons adroites, les clauses ingénieuses par lesquelles ils arrivent à leur but portent un nom révélateur, celui de *cautèles*, c'est-à-dire de ruses.

Tout au moins y a-t-il dans la conception qu'ils peuvent se faire du sens et de la portée des textes législatifs, un indice inévitable et particulièrement élevé de *réfraction* professionnelle.

Voilà comment le notaire, personnage invisible et inoffensif, écoutant d'une oreille attentive et conseillant d'une voix discrète une clientèle ignorante des lois, mais ayant une très nette conscience de ses intérêts économiques, de ses intentions pratiques, a beaucoup fait pour accommoder les prescriptions des Codes aux variations des mœurs testamentaires ou matrimoniales.

Le Code civil, en principe, défend à l'auteur d'une libéralité d'imposer à la personne gratifiée l'obligation de conserver toute sa vie les biens donnés ou légués pour les transmettre à une seconde personne désignée d'avance. C'est ce qu'on appelle, en termes techniques, « une substitution prohibée », légalement frappée de nullité.

Mais, pour atteindre au même but, il y a d'autres moyens que l'ingéniosité des praticiens a rapidement découverts dans le Code lui-même.

Au lieu de dire : Je lègue mes biens à X sous la charge de les transmettre à Y, vous dites : Je lègue à X l'usufruit, à Y la nue propriété de mes biens, ou bien : Je lègue mes biens à X, sous une condition donnée, devant avoir un effet *résolutoire*, et à Y sous la même condition, mais ayant un effet *suspensif*. C'est ainsi que la pratique, avec l'absolution de la jurisprudence, a presque effacé un article du Code.

Certains testateurs, pour empêcher leurs héritiers ou légataires de compromettre l'exécution intégrale de leurs dernières volontés, les découragent de toute action en justice par une clause menaçante d'exclusion totale ou partielle. Ils peuvent ainsi, avec plus de latitude, assouplir les règles successorales. suivant la composition de leur patrimoine, ou d'après les habitudes locales. Car ce n'est pas seulement dans le cas légalement prévu où le patrimoine comprend une habitation à bon marché qu'il serait nécessaire d'apporter des exceptions ou des tempéraments aux dispositions inflexibles du Code civil.

Dans le domaine matrimonial, la pratique, en combinant l'un avec l'autre le régime dotal et le régime de la communauté, a inauguré des régimes coutumiers n'ayant avec le Code qu'un faible point d'attache. C'est elle qui a songé la première à protéger la femme, ayant le plus souvent aujourd'hui

une dot en valeurs mobilières, contre les dilapidations conjugales en étendant aux meubles l'inaliénabilité prévue seulement par les auteurs du du Code à l'égard des immeubles.

Les initiatives, parfois trop audacieuses, de la pratique notariale, ne sont pas toujours accueillies favorablement par la jurisprudence, et, alors même que les tribunaux, statuant en fait, les excusent, la Cour de Cassation, gardienne avant tout de la légalité, les condamne.

Une dot constituée par les parents fait, après décès du fils, retour aux parents : on voit, malgré la loi de 1891, la situation pénible et injuste de la femme survivant à un oisif richement doté. D'où une clause tutélaire insérée dans les contrats de mariage pour constater la renonciation des parents à leur droit de retour légal. Or, en 1903, la Cour de Cassation est venue mettre un terme à cette pratique, coutume avortée, mais qui n'en porte pas moins un enseignement pour le législateur.

Il est vrai que la convention la plus illégale peut indéfiniment recevoir son application, si aucun intéressé ne songe à en contester la validité.

La vente des clientèles fondées sur la valeur professionnelle de l'homme, notamment des clientèles médicales, n'a pas de valeur juridique, parce qu'elle n'a pas pour objet « une chose dans le commerce ». Cependant ces ventes sont fréquentes, et

les mœurs leur assurent une suffisante validité.

Le Code roumain,comme le Code français prohibe formellement la stipulation de ne pas sortir d'indivision : or il y a en Roumanie 120.000 *moshnéni* ou associations de propriétaires indivis.

En France la propriété indivise de Benin des Bois, remarquable exemple de communisme agricole, a survécu à la Révolution et à notre Code civil : elle a résisté jusqu'en 1846, date à laquelle un clerc d'huissier, animé de l'esprit processif, invoqua contre elle l'article 815.

D'autre part, il y a des violations de la loi qui sont insaisissables par leur nature même

Le Code civil, pour toute donation, impose la forme solennelle de l'acte notarié ; mais comment réprimer un don fait de la main à la main dans le secret le plus absolu ? Comment deviner une donation en une vente simulée, où l'acheteur prétendu reçoit quittance d'un paiement qu'il n'a pas effectué ?

Depuis 1841, la jurisprudence refuse d'admettre la validité des contre-lettres passées entre les officiers ministériels et leurs successeurs éventuels pour transformer secrètement, en ce qui concerne notamment le prix de la charge, les clauses du traité ostensible soumis légalement à l'approbation du gouvernement. Mais s'il existe une contre-lettre qui donc viendra en invoquer la nullité ?

L'histoire de la liberté testamentaire, ou de la propriété en Angleterre fourmille de simulations, de fictions interprétatives, de procédures collusoires...

Mais nous avons de préférence choisi nos exemples dans l'évolution du droit français, parce que nulle part la négation de la coutume n'est aussi complète, aussi absolue, et qu'il est ainsi particulièrement intéressant de montrer comment la nature des choses prend sa revanche par des procédés tortueux, d'ailleurs contraires à la claire sincérité de notre tempérament national.

Le législateur ne doit pas ignorer que la pratique extra-judiciaire est, elle aussi, « une force impulsive du droit », et possède à l'égard des lois qui ne sont pas dans le courant des mœurs un pouvoir de déviation.

CHAPITRE VII

La valeur de la coutume.

§ I. La jurisprudence des actes sociaux.
§ II. La routine coutumière.

Il y a, de la coutume, comme de la loi même, une notion idéalisée, et pour ainsi dire romantique, contraire aux résultats de l'observation sociale. Elle tend à faire de la coutume, simplement parce qu'elle est la coutume, aveugle et vénérable, une forme supérieure de la réglementation juridique.

C'est le paradoxe conservateur de Taine : « ... le préjugé héréditaire est une sorte de raison qui s'ignore ». Il est, sans doute, dans ce paradoxe une constatation vraie, mais formulée par un esprit dogmatique, car le meilleur droit expérimental n'est peut-être pas le droit rétrospectif : il ne suffit pas à une coutume d'être antique pour être parfaite, ni d'être absurde, pour être pratique.

Allons-nous proposer à la société moderne la

régression systématique vers les procédés tâtonnants du droit primitif?

Devons-nous nier la valeur du droit écrit à une époque où tout s'écrit, avec la naïveté de ceux qui prêchent le retour à un âge d'or agricole, en un temps où tout s'industrialise, même l'agriculture ?

§ I

LA JURISPRUDENCE DES ACTES SOCIAUX

Quelle est la source de la coutume ? C'est d'après tel auteur allemand le Génie inconscient du peuple, trouvant en lui-même la révélation du droit.

Cette origine mystérieuse et collective donne évidemment à la coutume un titre à l'obéissance des hommes. Mais la vérité est beaucoup plus simple et d'ailleurs facile à percevoir, si au lieu de disserter, avec une terminologie vague et générale, sur la source de la coutume, on cherche plus modestement à saisir sur le fait la formation des coutumes dans un cercle déterminé.

Car il y a, dans la société, une série de cercles juridiques à l'intérieur desquels *les intéressés* se font à eux-mêmes leur droit : les coutumes, lorsqu'il se forme des coutumes, n'émanent pas de la « volonté générale » ou du « consentement

unanime » de la nation, elles sont élaborées par et pour chaque catégorie sociale.

Il y a des coutumes commerciales, des coutumes industrielles, des coutumes rurales, des coutumes foncières, des coutumes parlementaires, des coutumes administratives, des coutumes civiles... : les coutumes commerciales naissent des rapports des commerçants entre eux ou avec leurs clients, les coutumes du travail des rapports entre patrons et ouvriers, etc...

Faut-il dire que la coutume est un contrat tacite? Disons seulement qu'elle est la manifestation d'un équilibre lentement établi entre des intérêts souvent divergents ou contraires, une sorte de moyenne ou de compromis résultant non d'un consentement absolument libre donné du point de vue idéal, mais d'une acceptation implicite supposée par les actes de chacun.

Les coutumes sont les *sous-entendus* nécessaires de la vie juridique.

La coutume a l'air d'être le fruit d'un *instinct* social, parce qu'elle est le produit de mille intelligences particulières ; mais la raison n'en est pas moins la raison pour s'exercer au jour le jour dans l'ordre des intérêts concrets.

Certes, nous ne voyons pas toujours clairement la règle juridique que nous contribuons, en agissant pour nous-mêmes, à édicter pour les autres ;...

nous ne la voyons pas, mais nous la faisons. « Souvent, a observé M. Tanon, dans son livre sur l'*Évolution du droit et la Conscience sociale*, l'action commune de plusieurs individus produit un résultat qu'aucun d'eux ne cherchait... »

Et cette jurisprudence des actes sociaux, dont nous sommes, pour une part certaine, quoique infinitésimale, les auteurs responsables, il est possible que nous ayons plus tard à en subir le choc en retour...

Voter la mise à l'index d'une maison qui accepte des ouvriers non syndiqués, c'est un acte individuel, mais cet acte individuel a une portée juridique et sociale : il contribue à fortifier une coutume que l'auteur de ce vote pourra quelque jour regretter, s'il est exclu de son syndicat.

La formation des coutumes nous donne ainsi une double leçon, l'une d'individualisme, l'autre de solidarité...

La coutume a les mêmes qualités que la jurisprudence, puisqu'elle est une sorte de jurisprudence, fondée elle aussi sur l'accumulation des précédents. Et elle les possède à un plus haut degré ; elle est plus conforme aux nécessités de l'action, puisqu'elle est issue de l'action ; elle est plus conforme au vœu des intéressés, puisqu'elle est faite par les intéressés.

Mais elle a de même, et plus accentués, les défauts de ses qualités.

§ II

LA ROUTINE COUTUMIÈRE.

La coutume, par des changements limités, par des transitions ménagées, reflétant le mouvement naturel des choses, par des transformations voilées qui ne s'avouent pas à elles-mêmes, et ne se heurtent aux formules consacrées qu'après avoir gagné en secret les intérêts et s'être assuré l'alliance d'une longue habitude, par des modifications partielles où domine le sentiment de l'opportun et du possible, semble conférer aux règles qu'elle élabore une valeur infiniment supérieure à celle des règles légales. M. Boutmy le pensait et l'a dit en termes saisissants.

Mais la coutume a un double vice : obscure, lorsqu'elle naît, elle devient inerte dès qu'elle s'achève.

Il est si difficile, dans les sociétés modernes, de distinguer la coutume de la jurisprudence, que beaucoup d'auteurs considèrent la jurisprudence comme la seule forme contemporaine de la coutume.

Ce qui est vrai, c'est que la coutume reste invisible avant d'être révélée par les arrêts, mais nous avons, par d'assez nombreux exemples, montré

l'activité féconde des mœurs dans tous les domaines de la vie juridique, pour qu'il soit impossible de nier l'existence de la coutume.

Et le rôle capital de la jurisprudence c'est précisément, à notre sens, de donner une expression claire aux tendances spontanées de la vie sociale.

Allons plus loin. Une coutume, aujourd'hui, dès qu'elle est consistante, finit toujours par être écrite quelque part : si ce n'est dans un jugement, c'est dans un traité de droit, dans un recueil pratique d'actes modèles. Une tradition juridique, fréquemment appliquée, ne peut plus rester orale. Alors pourquoi ne pas l'inscrire dans la loi?

Voilà donc pour la loi une première et essentielle fonction : elle est pour la nation un moyen commode de prendre conscience de ses coutumes.

Et un Code peut être une excellente *Table des matières de la Coutume nationale.*

D'autre part il y a une tyrannie des coutumes, car les coutumes, comme les lois, ont tendance à s'éterniser et à survivre à leur propre raison d'être...

Il y avait, sous l'Ancien régime, un grand nombre de coutumes qui se perpétuaient par la force d'une tradition acquise : coutumes féodales qui avaient survécu à la féodalité. Les lois de la Révolution, en les brisant, ont libéré la France d'un passé juridique qui l'opprimait.

Quand une coutume est adoptée, il devient dif-

ficile de la détruire, parce que personne n'ose porter la main sur elle,... et la loi peut en quelque sorte aider la société à accoucher d'une coutume nouvelle.

Enfin, il y a des coutumes condamnables. Il ne faut pas prendre à la lettre le mot d'Ihering : « Le droit doit être... *tel qu'il est* ». Spencer a montré comment, en Angleterre, certaines fraudes commerciales étaient devenues de véritables coutumes, aux dépens du public. La loi, dans une hypothèse semblable, peut constituer une réaction salutaire du milieu social.

L'État n'a pas toute la force, mais il est une force, et de cette force il a le droit et le devoir d'user...

Dans quelle mesure et dans quelles conditions ?

DEUXIÈME PARTIE

LE DOGMATISME LÉGISLATIF ET LA LÉGISLATION EXPÉRIMENTALE

S'il n'y a pas à proprement parler une science des lois, il est cependant une manière scientifique de légiférer

LIVRE I

LES ÉLÉMENTS DE LA CONCEPTION DOGMATIQUE DE LA LOI : DÉFAUTS NÉCESSAIRES ET PRÉJUGÉS UTILES

> « Le sujet est tout neuf : la définition de la loi est encore à trouver. »
> J.-J. ROUSSEAU.

De la conception dogmatique de la loi, il est facile en deux mots de dégager l'essence : la loi est, d'après elle, exactement *le contraire de la coutume.*

La coutume est l'expression terre-à-terre des contingences sociales : la loi doit être la formule abstraite des principes absolus du droit.

La coutume est souvent l'acceptation d'une inégalité provisoirement considérée comme indestructible : la loi doit être, suivant l'expression d'Aristote, « une intelligence sans passion », édictant avec une impartiale équité une règle égale pour tous les hommes, riches ou pauvres, forts ou faibles.

La coutume ne devient progressivement obligatoire que par l'assentiment de multiples intéressés, et avant d'être accueillie par les tribunaux, n'a d'autre sanction que la contrainte diffuse de l'opinion : la loi doit être, à l'égard de la nation, une règle inflexiblement obligatoire par elle-même, et pleinement sanctionnée par la contrainte organisée de l'État.

La coutume résume les enseignements successifs et partiels du passé : la loi doit être une règle générale, commandement d'une volonté créatrice, donnant à l'avenir un plan réfléchi.

La coutume, née de l'usage, s'en va par la désuétude, et dès qu'elle est ignorée, cesse naturellement d'être applicable : faite pour l'éternité, la loi ne peut être changée que par la loi, et doit être indéfiniment appliquée même à ceux qui ne l'ont jamais connue.

La coutume marche d'un pas lent et incertain vers un horizon borné : la loi doit, d'un bond, s'élancer droit au but, et réaliser en une fois le progrès que la coutume se laisse arracher par acomptes.

La coutume est le produit naturel des égoïsmes rivaux, ayant trouvé la paix dans un compromis : la loi doit à chacun assurer la liberté, même par la contrainte.

De ce rapide parallèle, il ressort avec évidence

que la loi, dogmatiquement conçue, n'a de la coutume ni les qualités, ni les défauts.

Mais la définition théorique de la loi n'est-elle pas celle de la loi, *telle qu'elle n'est pas?*

On semble croire que si la loi occupe aujourd'hui le vaste domaine du droit, c'est parce qu'elle en a chassé la coutume par une négation victorieuse... N'est-ce pas plutôt parce que la loi s'est inclinée, elle aussi, devant les exigences de la vie sociale, sans perdre l'apparence de la régir?

En un mot l'antithèse de la loi et de la coutume n'est-elle pas surtout une antithèse verbale?

Et la loi ne pourrait-elle, cessant de méconnaître sa propre nature, trouver dans une définition et une méthode nouvelles, les bases d'un accord avec la vie spontanée du droit?

Il est habile de faire un allié d'un ennemi qu'on ne saurait vaincre.

Au fond, il y a dans la conception dogmatique de la loi, en même temps que la constatation de défauts inévitables, l'expression de préjugés utiles : *transposée de l'absolu au relatif*, la notion classique de la loi peut conserver sa valeur, dans la mesure où elle est prête à en donner les justifications expérimentales.

Il s'agit seulement d'en éliminer les postulats inexacts.

CHAPITRE I

La Loi comme formule des principes : existe-t-il des principes ?

§ I. Les a priori du droit rationnel : qu'il n'y a pas et ne peut y avoir de droit théorique. — 1. Formation historique des principes. — 2. Les variations du droit idéal ; le prétendu droit naturel. — 3. Stérilité juridique des idées pures. — 4. Fonction pratique des abstractions en matière juridique.

§ II. Le caractère fictif de la généralité des règles légales. — 1. Rôle des faits particuliers dans la genèse des lois. Histoire législative de la revision des procès criminels. — 2. Les moyens juridiques de violer la loi par mesure individuelle. Le législateur contre la loi : les « fausses lois » ; des cas où l'autorité législative met l'obstacle à l'exécution des lois. L'inégalisation de la loi par l'administration : le régime de la faveur. L'individualisation de la loi par le juge : la renaissance de l'arbitraire des peines.

« ... Contre la vie, il n'y a pas de principes. »

Ch. Benoist.

Aux yeux de M. Boistel, hier encore professeur à la Faculté de Paris, il existe *un droit pur*, dont l'idée de justice constitue l'élément absolu, et dont les prescriptions impératives doivent être recher-

chées dans les lois mêmes de notre raison « en tant qu'elle est le reflet de la raison éternelle... ».

Ainsi le droit serait mieux qu'une science d'observation: ce serait une science de principes.

Mais alors le droit serait-il encore une vraie science? Oui, dit M. Boistel, comme la métaphysique, qui est pour lui une science « plus certaine » que les autres.

Ne dédaignons pas la métaphysique « même du Moyen âge ». Car « on doit chercher l'absolu », et comment y atteindre si ce n'est par les voies de la métaphysique?

Il est pour l'étude de la méthode dogmatique en matière sociale un document de premier ordre : c'est la préface du livre connu de Vacherot, sur la Démocratie. On peut y voir que le dogmatisme de la Raison pure le dispute en intransigeance au dogmatisme de la Foi.

M. Vacherot prend délibérément pour modèle le géomètre, qui pose d'abord axiomes et définitions « sans jamais s'aviser de vérifier par l'expérience des démonstrations fondées sur des principes abstraits et *a priori* ». N'est-il pas, en effet, de toute évidence, qu'il y a « une vérité pure en politique » et que l'histoire ne peut « jamais être un argument contre la logique » ?

Aussi M. Vacherot expose-t-il avec une belle franchise le dessein de son ouvrage : « Étant donnée

une définition de la Démocratie, j'en déduis toutes les conséquences pour la Société, pour l'État, et pour le Gouvernement ». Et il ajoute, avec la fierté sereine d'une conviction inébranlable : « Si mon livre a pour lui la vérité, peu importe que la réalité proteste contre ses principes et ses conclusions ».

Ainsi les premiers savants, dont parle M. Poincaré, dans son beau livre sur la *Science et l'Hypothèse*, rêvaient de construire le monde, en empruntant à l'expérience le moins de matériaux possible.

Quelle séduction le dogmatisme juridique ne doit-il pas exercer sur l'esprit du législateur?

Car le législateur, ayant devant les yeux l'idée pure du droit, serait, suivant l'image de Jules Simon, comme le voyageur qui marche, sans carte, loin des chemins frayés, vers le but aperçu nettement à l'horizon : il aurait pour unique devoir de ne jamais reculer, de ne jamais s'arrêter, de ne jamais se détourner.

Mais où sont les principes? Et le dogmatisme n'est-il pas simplement la méthode des affirmations sans preuves, déguisant les sentiments en axiomes.

§ I

LES « A PRIORI » DU DROIT RATIONNEL.

Il n'y a pas, et il ne peut pas y avoir un droit théorique, et un seul, offert à l'imitation de tous les temps ou de tous les pays.

Nous connaissons seulement, dans l'histoire de la pensée juridique, deux sortes de « principes ».

Les uns sont des généralisations hâtives sur des données incomplètes : discutables comme théorèmes, ils peuvent toutefois constituer, dans un pays déterminé, à une époque précise, des directions utiles.

Les autres, volontairement dépouillés de tout élément concret, local, historique, ont en effet la figure d'idées universelles et immuables : mais elles sont, comme l'idée de justice, si générales et si vagues, que tous les systèmes peuvent s'organiser *autour d'elles*.

1. — Il n'est pour ainsi dire pas de principe donné pour absolu, qui ne porte sa date, et ne possède sa nationalité : sous la formule abstraite, il est toujours possible de discerner un contenu historique.

Le *fait monarchique*, sous notre ancien régime, s'est épanoui par le double effort des légistes et

des théologiens, dans la doctrine de l'absolutisme : la théorie même du droit divin a été surtout une arme de circonstance de la Royauté laïque contre la Papauté.

Le *fait anglais* a inspiré à Montesquieu la doctrine de la séparation des pouvoirs, et d'une donnée expérimentale la science politique n'a pas tardé à faire une vérité incontestable et immuable, n'admettant ni exceptions, ni tempéraments : ainsi l'observation clairvoyante du maître devient chez le disciple religion aveugle, au point de susciter, par une réaction naturelle, chez les esprits libres, une excessive incrédulité.

Le *fait démocratique* a trouvé son expression métaphysique dans la « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen », chef-d'œuvre de l'idéalisme politique, où une assemblée enthousiaste s'efforça, suivant le vœu du député Mounier, d'inscrire « les principes qui doivent former la base de toute espèce de société..., axiomes tellement simples, évidents et féconds, qu'il serait impossible de s'en écarter sans être absurde ». Mais notre langage, empreint d'une majesté classique, a toujours été, dans l'ordre social, beaucoup plus idéologique que notre histoire, et, dans ce bréviaire unique du droit pur, chaque article répond à une série de griefs pratiques, parfaitement déterminés, quoique sous-entendus. Si la considération des

intérêts positifs y est moins apparente que dans les Déclarations analogues d'Angleterre ou d'Amérique, c'est que nous avons mis beaucoup de philosophie autour, voilà tout.

Quel juriste oserait aujourd'hui reprendre les épithètes admiratives qui ont accueilli la promulgation du Code civil : Code immortel, résumé de la morale universelle, arche sainte digne d'un respect religieux ? Aussi bien lisait-on, en tête du projet de Code civil : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne les hommes ». Thiers, par esprit conservateur, persistait encore à voir dans le texte impérial le Code même de l'univers civilisé, organisant *la meilleure forme possible de l'état social.* Et longtemps, en France, la philosophie du droit a été la philosophie du Code. Mais, avec le temps, la « charte impérissable des droits civils, servant de règle à la France et de modèle au monde, prit, selon M. Renouvier, l'aspect d' « une législation arriérée », et ce Code, animé, aux yeux de M. de Tocqueville, de toutes « les passions démocratiques », devint, pour M. Accollas, la contre-révolution installée au cœur de la société civile. La vérité est que le Code avait, en ses articles, condensé la substance des règles communément pratiquées du Nord au Midi et achevé l'œuvre, depuis

longtemps commencée, de l'unification juridique : ce prétendu droit idéal était tout simplement le procès-verbal d'un droit vécu.

Ouvrez un traité de droit public anglais : vous avez la sensation immédiate d'être *en Angleterre*, et chaque institution, étudiée dans son développement historique, se présente avec une physionomie vivante et originale. Prenez un traité de droit public allemand : vous êtes sûr de n'être plus en France, mais vous n'êtes pas certain d'être en Allemagne, vous êtes dans l'abstraction. Car le monde juridique, a dit un théoricien célèbre en Allemagne, est *un monde d'abstractions*. Mais ces abstractions, pour la plupart, ont une portée purement germanique, parce qu'elles sont édifiées avec des matériaux germaniques, et vous êtes tout étonné d'apprendre, chez tel auteur, que, par une surprenante coïncidence, l'organisation constitutionnelle de l'Allemagne moderne, si particulière ou anormale à des yeux étrangers, et, disons-le, si profondément historique, *donc* si peu logique, se trouve précisément le chef-d'œuvre de la science politique.

Merveilleux résultat d'une méthode qui veut uniquement déterminer « le contenu abstrait des règles du droit », sans se préoccuper des « effets extérieurs ».

Combien de théories ont été émises sur la nature

juridique de l'État fédéral! Toute cette logomachie juridique, généralement confuse et stérile, serait évitée, si l'on se refusait à tracer une définition de l'État fédéral *en soi*, indépendante des circonstances de temps et de lieu, alors qu'il serait si simple de montrer, dans chaque État fédéral, le produit inévitable de l'évolution; d'expliquer, par exemple, l'État fédéral allemand par l'Allemagne historique et de discerner ses véritables titres juridiques », comme a dit ironiquement je ne sais quel historien français, là où ils pourraient bien être, à Sadowa ou à Sedan.

C'est l'occasion de rappeler le mot du roi Frédéric à son ami Voltaire : « Le fait, dans le monde se couvre de droit comme il peut. »

2. — La philosophie n'a pas abandonné l'ambition d'établir, comme le veut M. Fouillée, « une doctrine du droit indépendante de l'histoire ».

Car l'histoire, qui est une lecture très immorale, paraît au philosophe une lecture très peu juridique.

Cependant les droits historiques sont les vrais droits naturels, et il n'est pas d'autre droit naturel.

Les philosophes du XVIIIe siècle, à la diversité des religions historiques, opposaient la belle *unité* de la religion naturelle, spontanément issue de

l'âme humaine et partout semblable à elle-même ; mais de toutes les religions, la religion naturelle est la seule qui n'ait pas eu de croyants.

Il y a des droits, des religions, des morales : il n'y a pas de Droit, de Religion, de Morale.

La société en marche court après son ombre, et cette ombre mobile est le droit idéal : un principe, c'est presque toujours une pratique idéalisée, si ce n'est la justification imaginée après coup d'une pratique condamnable.

Socialement, une injustice que personne ne voit *n'existe pas*, et une absurdité, que tout le monde accepte, est un élément du *bon sens*.

Un sociologue allemand, M. Simmel, considère le duel comme une nécessité inéluctable, entre personnes du même rang, à l'égard de certaines offenses : c'est une nécessité *allemande*, mais ce n'est pas une nécessité humaine. Le duel est, en un mot, nécessaire, comme la condamnation de Socrate était juste : la liberté de penser n'est-elle pas née seulement du développement de l'esprit critique, aspect récent de l'esprit humain?

Les articles du droit naturel sont plus variables que les prescriptions de la loi positive, car l'interprétation idéologique des faits est souvent plus diverse et changeante que les faits eux-mêmes : la théorie établit sans cesse le plan d'un édifice qui ne sera jamais construit.

Un concept juridique est, en termes mathématiques, *fonction* de la réalité sociale ou politique; l'idée pure est la synthèse inconsciente, quelquefois un aspect dénaturé de toute une évolution.

Mais on persiste généralement à prendre *la conclusion* pour *un principe*.

3. — D'après M. Planiol, « quand on a dit que le législateur doit assurer la vie et la liberté des hommes, protéger leur travail et leurs biens, réprimer les écarts dangereux pour l'ordre social et moral, reconnaître aux époux et aux parents des droits et des devoirs réciproques, on est bien loin d'avoir fondé une législation : on est bien près d'avoir épuisé les préceptes de la loi naturelle ».

N'est-ce pas une manière d'avouer que le droit naturel, supérieur à tout, ne sert à rien?

On pourrait aussi, dans l'ordre proprement scientifique, chercher un principe assez élevé pour échapper à tout contrôle expérimental. Mais la science continuerait à se faire, en dehors de ce principe intangible, comme les lois positives s'élaborent en dehors du droit idéal.

M. Deslandres, dans une étude sur *la Crise de la science politique et le Problème de la méthode*, croit trouver le principe suprême du droit naturel dans le respect de la loi morale : il espère ainsi « réintégrer l'absolu » dans le domaine politique.

Mais du droit idéal, ainsi entendu, comment déduire une bonne loi ?

Les prescriptions du droit positif sont tant bien que mal rattachées aux principes du droit naturel : il est bien visible qu'elles n'en sont pas la conséquence.

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, par une application de l'idée de justice, pose le principe que l'impôt doit être établi *en raison* des facultés du contribuable. De cette formule, par la voie purement déductive, vous pouvez tirer l'impôt proportionnel ou l'impôt progressif : il y a sans doute des motifs excellents pour choisir entre les deux, mais ces motifs ne sont pas d'ordre logique ou philosophique, ils sont d'ordre *expérimental* ou *historique*.

Considérée comme un moment de notre histoire ou comme un état d'âme national, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen a une portée définie, une signification limitée : prise dans son texte abstrait, elle peut justifier une infinité de solutions.

Il faut au moins reconnaître, avec Stammler, que le droit naturel a *un contenu variable :* c'est une façon discrète de faire entendre qu'il n'existe pas.

4. — Dès qu'elle est cristallisée en concepts, la

pensée juridique refuse de suivre le mouvement de la réalité : un *a priori* du droit rationnel ne peut pas avouer qu'il est une systématisation des faits et qu'il doit, en conséquence, évoluer avec eux.

Dans son ouvrage célèbre sur *le Droit des obligations*, Savigny conteste formellement la validité du *titre au porteur*, parce que le *titre au porteur*, impliquant engagement du débiteur à l'égard de personnes indéterminées, ne saurait en aucune façon rentrer dans le cadre fermé des théories classiques.

Est-ce à dire que les abstractions, inutiles lorsqu'elles sont vagues, deviennent gênantes dès qu'elles veulent exercer une action précise?

Nullement : ce qui est dangereux, ce n'est pas l'abstraction même, c'est la manière de s'en servir.

Le droit, comme toute science, a besoin d'abstractions, et il a seulement à se garder de prendre les théories pour des commandements inflexibles ou les hypothèses pour des vérités établies.

Les esprits systématiques ont souvent des vues singulièrement profondes des réalités sociales : ne faut-il pas quelque imagination pour discerner les rapports inaperçus des choses?

Mais, pour faire un choix entre les théories et les hypothèses multiples de la science juridique, il convient de les juger *sur leurs résultats* : elles

ne sont pas plus ou moins vraies, elles sont plus ou moins avantageuses.

Ainsi, entre plusieurs géométries, également rationnelles, parce qu'elles sont d'accord avec elles-mêmes, il y a, comme l'a dit M. Poincaré, une seule géométrie commode, parce qu'elle est d'accord avec les faits.

La liberté est pour Kant un concept de la raison pure. Mais, plus scientifiquement, n'est-elle pas une *hypothèse* sur le progrès social ? Et de cette hypothèse que resterait-il le jour où la contrainte serait démontrée par l'expérience un instrument supérieur de bien-être public?

Quel est en particulier le fondement de la liberté d'enseigner? Est-ce l'idée pure de liberté? Non, c'est plutôt la croyance que la liberté d'enseigner est favorable à l'épanouissement de la pensée humaine.

Et de cette croyance, que resterait-il le jour où le monopole de l'enseignement par l'État serait démontré par l'expérience un mode supérieur de l'organisation du travail scientifique et du progrès intellectuel?

La propriété individuelle est une affirmation du droit issu de la Révolution française. Mais n'est-elle pas surtout une hypothèse sur le progrès économique? Et de cette hypothèse que pourrait-il rester le jour où la propriété collective, sous des

formes nouvelles, serait démontrée par l'expérience une méthode supérieure de production agricole ou industrielle ?

Prenez ainsi successivement tous les éléments de droit moderne et toujours vous constaterez que le principe se justifie par ses conséquences et non les conséquences par le principe.

S'il est d'autres principes, l'humanité ne les affirme que pour les ajourner.

Ramenées de l'absolu au relatif, les abstractions juridiques gagnent en utilité ce qu'elles perdent en dignité : elles ont à remplir une fonction *essentiellement pratique.*

§ II

LE CARACTÈRE FICTIF DE LA GÉNÉRALITÉ DES RÈGLES LÉGALES.

« La loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. »

C'est une définition de Jean-Jacques Rousseau.

Renouvier, qui restera peut-être en France le dernier des grands métaphysiciens, a dit en termes analogues :

« Le caractère de la loi est de régler l'universel de telle sorte que les cas particuliers qui en

dépendent se trouvent réglés par voie d'application ou d'exécution, sans être appréciés dans ce qu'ils ont de propre et de différent. »

C'est évidemment sous l'influence de cette conception qu'un professeur de droit public, animé cependant d'un pur esprit positif, a été entraîné à écrire : « L'État a le devoir de faire des lois imposant à tous le travail, non pas une forme déterminée de travail, mais *le travail en soi.* »

Dans quelle mesure le principe rationnel de la généralité des règles légales peut-il se traduire dans les faits ?

1. — La loi achevée est, il est vrai, une règle générale. Mais elle n'en a pas moins été construite sur des cas particuliers : cette genèse des lois est une nécessité proprement *psychologique.*

Il est impossible en effet, par le seul effort de l'esprit, de concevoir dans l'espace tous les aspects d'une question juridique, si simple soit-elle ; le législateur ne peut en prendre conscience que si la réalité vient l'un après l'autre les découvrir à ses yeux.

La généralité apparente du texte s'évanouit, si l'on a soin de lire l'exposé des motifs, et il est permis d'affirmer que toutes les lois, sinon par leur but, du moins par leur occasion, sont des lois de circonstance.

La législation française sur la revision des procès criminels a évolué, pour ainsi dire, de fait divers en fait divers.

L'Assemblée constituante avait cru, par la transformation profonde de notre procédure criminelle, écarter la possibilité de toute condamnation injustifiée. Mais cette belle confiance dans l'infaillibilité du pouvoir judiciaire ne devait pas tarder à être déçue. A la suite d'une erreur judiciaire retentissante (il s'agissait de deux condamnations inconciliables pour vol d'un mouchoir), la Convention fut obligée de réparer la singulière imprévoyance de l'Assemblée constituante : elle vota le décret du 15 mai 1793, « relatif aux accusés condamnés comme auteurs du même délit et dont les condamnations ne peuvent se concilier et font la preuve de l'innocence de l'une ou l'autre partie ».

Depuis le décret de 1793, jusqu'à la loi de 1899, tous les textes ayant pour but d'étendre la revision ou d'en modifier la procédure ont été directement inspirés par une série d'affaires particulières, venant soudain mettre en vive lumière l'insuffisance d'une législation à peine promulguée.

En 1793, le législateur n'avait pas prévu qu'après une condamnation pour homicide, on pourrait un beau jour démontrer l'existence de la prétendue victime, ni que les dépositions à charge, ayant servi de base à l'accusation criminelle, pourraient perdre

toute valeur par la condamnation de leurs auteurs aux peines du faux témoignage.

En 1808, le législateur n'avait pas songé que, si une erreur judiciaire était révélée après la mort du condamné, la famille voudrait obtenir une revision posthume.

C'est seulement en 1895, après ces multiples écoles, que le législateur a fait de la découverte de tout fait nouveau, de toute pièce nouvelle, un cas de revision très large, très indéterminé. Mais de cette règle générale, une erreur judiciaire, mise au jour par une combinaison fortuite d'événements, peut demain montrer l'étroitesse. Le législateur, dans une prescription abstraite, a essayé de faire tenir tous les cas possibles et légitimes de revision : seulement, la réalité est plus fertile que l'imagination du législateur.

Toute loi qui n'est pas une solution précise à une question spéciale est spéculative ou aléatoire, car elle se trouve, par la généralité de sa formule applicable à une multitude d'hypothèses auxquelles le législateur n'avait pas pensé.

« Régler l'universel », comme a dit Renouvier, c'est un peu statuer *à l'aveugle*.

Sans doute, en faisant un vêtement trop large, on est sûr qu'il pourra servir à tout le monde, mais on peut affirmer avec la même certitude qu'il a des chances de n'aller parfaitement à personne.

2. — Une loi, quoique de la portée la plus restreinte, reste cependant, par définition, une règle identique pour des espèces qui peuvent être différentes: la loi cesserait en effet d'être la loi si elle devenait une décision spéciale, uniquement applicable à tel cas individuel.

On a vu toutefois, à maintes reprises, dans l'histoire universelle, de ces « fausses lois », édictant avec plus ou moins de franchise des mesures dites d'exception à l'égard de personnes déterminées ou de situations particulières.

Un Parlement est évidemment tenu de se conformer à la légalité, qu'il a lui-même établie. Mais c'est une obligation simplement morale, privée de toute sanction efficace. Or, l'autorité législative est fréquemment appelée à concourir à l'exercice de la fonction administrative; maîtresse de prendre chaque décision arbitrairement, en s'inspirant des circonstances de fait aux dépens des règles de droit, elle peut insérer par exemple dans un texte approuvant un contrat des dispositions dérogatoires aux principes essentiels de la législation civile, elle peut même briser une convention antérieurement contresignée par son vote.

« Dans l'hypothèse d'un État qui transforme ses contrats en lois, a dit Léon Say, ceux qui contractent avec lui s'engagent et l'État ne s'engage pas. Les contractants se mettent simplement à la

disposition de la nation et la nation fait d'eux ce qu'elle veut. »

L'application d'une loi se traduit généralement par une dépense; refuser tout ou partie du crédit annuel nécessaire à l'exécution d'une prescription légale, c'est pour le Parlement un moyen irrégulier mais commode d'en suspendre l'autorité, par mesure temporaire ou spéciale.

Il est rare que le législateur se résigne à violer aussi ouvertement et aussi directement le principe traditionnel de la généralité des règles légales; il prefère recourir à des procédés plus discrets et pour *individualiser* la loi, il passe en quelque sorte la main à l'administration et à la justice.

Il y a dans un conte de l'écrivain russe Dorochevitch une amusante boutade à l'égard des lois inflexibles « ... si pour l'homme entreprenant, il retentit sévère, cruel, fatal, ce mot désagréable : *la loi*, qu'il est doux, tendre, délicat, charmant d'entendre vibrer ce mot mélodieux : *l'exception*... Obéir à la loi, rien qu'à la loi, ne voir autour de soi que des lois, quel destin austère! C'est se soumettre à des vainqueurs durs, inexorables. Tandis que se régler sur des exceptions simples, complaisantes... c'est vivre au milieu de ses amis, au milieu d'amis prêts à toutes les concessions, pleins de condescendance, désireux de vous être agréables et utiles ».

Donner à l'administration les moyens d'*inégaliser* la loi par mesure individuelle c'est pour le législateur une sorte de renoncement; car, en tempérant la loi par l'arbitraire, il laisse trop clairement paraître l'impossibilité de soumettre la vie sociale au respect d'une règle uniforme.

L'évolution de notre droit pénal a consisté d'abord dans un grand effort pour substituer à l'arbitraire du juge répressif le principe de l'égalité des coupables devant une loi objective et impersonnelle; la Révolution supprima même le droit de grâce, instrument de faveur, mettant au-dessus de la loi pénale la volonté capricieuse d'un homme. Le juge devait simplement assurer l'application mécanique à une infraction déterminée de la peine inscrite dans le Code, sans pouvoir tenir compte de l'individualité du criminel. Mais, depuis la Révolution, le besoin d'individualiser la peine, c'est-à-dire de la graduer d'après la moralité du prévenu, considérée en dehors de la matérialité de l'infraction a conduit à une véritable *renaissance de l'arbitraire des peines*; le rétablissement du droit de grâce, la création du système des circonstances atténuantes, la loi de sursis, etc., ont constitué les étapes d'une évolution vers la justice *subjective*, c'est-à-dire vers la justice *inégalisée*. D'autre part, l'administration, pour faciliter l'amendement moral des condamnés, peut à leur égard prendre cer-

taines mesures de faveur et nous n'avons pas parlé des amnisties législatives, qui peuvent, en se multipliant, annuler tout l'effet utile des dispositions répressives en apparence les plus sévères.

On peut dire nettement que, dans le domaine pénal, le législateur a perdu, peut-être à l'excès, l'ambition de « régler l'universel », pour laisser à l'autorité publique la libre appréciation des situations individuelles.

C'est par une véritable abdication que la loi est, en un mot, parvenue à s'adapter aux faits, trop multiples et trop complexes pour être d'avance prévus et réglementés.

CHAPITRE II

L'égalité devant la loi, et la lutte de l'individu pour le droit.

§ I. La puissance comme mesure du droit : les privilèges légaux des classes socialement prépondérantes. — 1. Le Code civil, droit de la bourgeoisie. — 2. Le Code du travail, droit de la classe ouvrière.

§ II. Le bénéfice apparent et le bénéfice réel des lois de protection : lutte des individus et des classes pour la conservation et la mise en valeur de leurs droits légaux.

> « Le combat est le travail éternel du droit. S'il est vrai de dire : « Tu « mangeras ton pain à la sueur de « ton front », il ne l'est pas moins d'ajouter, c'est seulement en combattant que tu obtiendras ton droit. »
>
> Ihering.

Sous le règne de la loi, le pauvre et le riche ont des droits égaux... et le petit l'emporte sur le grand, s'il a pour lui la justice : c'est une idée lointaine, puisqu'elle a reçu d'Euripide, dans *les Suppliantes*, une expression qui a traversé les siècles.

Mais, historiquement, c'est une idée fausse : le

droit positif n'a jamais été qu'une organisation des inégalités.

Suivant le mot ironique et douloureux de M. Lévy-Bruhl, dans *la Morale et la Science des Mœurs*, un beau livre qui par tant de côtés touche à la philosophie du droit :

« Dans une société où des castes existent, la justice consiste à traiter chacun selon sa caste, le brahmane en brahmane, le paria en paria... »

Il est bien vrai que si l'on abandonne la notion d'une souveraineté, dominant les hommes d'assez haut pour les voir tous au même plan, il est difficile d'affirmer l'impartialité des lois...

Mais à qui donc appartient la souveraineté? Aux plus forts, qu'ils soient les plus riches, ou les plus nombreux. C'est une constatation, dont M. Duguit, dans son ouvrage sur l'État, a fait une théorie vigoureuse.

Théorie condamnable, d'après le professeur Esmein, parce qu'elle substitue la lutte des individus ou des classes à l'empire du droit inspiré par la raison humaine.

Mais n'est-elle pas la manière la plus exacte malheureusement de voir la réalité politique, et juridique, qui sans cesse rapproche de l'idée de droit l'idée de force, tandis que la doctrine s'attache vainement à les séparer?

§ I

LA PUISSANCE COMME MESURE DU DROIT : LES PRIVILÈGES LÉGAUX DES CLASSES SOCIALEMENT PRÉPONDÉRANTES.

Le droit des sociétés primitives est prodigieusement inégalitaire : il semble qu'il se soit donné pour but conscient d'accroître la force des forts, d'aggraver la faiblesse des faibles.

La débilité physique et l'humilité sociale ont longtemps constitué un titre à la défaveur juridique, et il serait, à cet égard, intéressant de suivre dans l'histoire des législations le martyrologe de l'enfant, de la femme, de l'esclave, du débiteur, de l'homme sans armes, et sans propriété.

Comment s'appelait le droit à Rome? *Jus*, qui signifie, non pas équité, mais commandement. L'idée de force était si peu étrangère à l'idée de droit que la vieille procédure romaine était l'image fictive d'un combat et que la conquête paraissait le fondement le plus légitime et le plus sûr de la propriété. De ses rudes origines, il est toujours resté au « droit », suivant la conception romaine, le caractère unilatéral et absolu d'un pouvoir s'exerçant sur les personnes comme sur les choses, sans limites, ni contrepoids : *l'abus du droit* n'était pas illicite, comme il tend à le devenir dans les

sociétés modernes, il était le droit même dans sa plus haute expression... Aussi bien, a observé M. Tarde, n'y a-t-il rien de plus naturel au monde que le droit du plus fort. On consent à l'admettre à l'égard des législations mortes...

1. — C'est la France de la Révolution qui, depuis Euripide, a proclamé le plus hautement le principe de l'égalité devant la loi.

« La loi doit être *la même pour tous*, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. »

C'est un article capital de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

Mais le Code civil, produit juridique stable succédant à l'efflorescence de lois éphémères, n'a pas tenu, à cet égard, les promesses de la Révolution.

« La législation doit toujours être en faveur du propriétaire », s'écriait Napoléon, au cours de la discussion de la loi sur les mines, au Conseil d'État, et les esprits les plus modérés, M. Glasson, dans son étude sur *le Code civil et les Ouvriers*, M. Leroy-Beaulieu, dans son *Essai sur la Répartition des richesses*, s'accordent à reconnaître que la loi française, jusqu'à l'avènement du suffrage universel, a fait preuve, à l'égard du patron, contre les travailleurs, d'une partialité systématique.

La législation avait pour but et pour effet de

mettre juridiquement les salariés à la discrétion de leurs maîtres.

Dans les contestations relatives au salaire, le patron était cru sur parole : il se trouvait ainsi légalement constitué juge et partie dans sa propre cause. L'élément patronal avait d'ailleurs la prépondérance dans les conseils de prud'hommes, et le Tribunal de commerce, ne comprenant aucun élément ouvrier, statuait en appel.

L'ouvrier ne pouvait quitter son patron pour se placer ailleurs sans avoir obtenu de lui un congé d'acquit, établissant le remboursement des avances faites sur le montant du salaire. C'était maintenir au travail salarié un caractère servile, car le patron par des avances systématiques, qu'il se remboursait à lui-même sans avoir besoin de demander aux tribunaux un titre exécutoire, pouvait attacher l'ouvrier à vie à son usine. Dans certaines villes industrielles, plusieurs centaines de mille francs d'avances faisaient peser sur la classe ouvrière une sorte de lien perpétuel : on a cité le cas de dentellières qui avaient obtenu des avances de 300 francs sur un salaire de 0 fr. 40. Lorsque l'ouvrier était entré dans une usine, il avait de la peine à en sortir : le contrat de travail s'était refermé sur lui comme une porte de prison. Notez que d'autre part le patron avait le droit de le renvoyer brusquement, sans motif, sans délai, sans

indemnité, car la résiliation du contrat était essentiellement arbitraire.

Aucune disposition législative ne venait limiter le pouvoir qui appartenait au patron de déterminer les conditions du travail, il était libre par exemple d'astreindre à un travail de seize heures par jour des enfants de douze ans, ou d'occuper aux tâches les plus rudes dans des locaux sans air, ni lumière, des femmes et des jeunes filles.

Enfin les tribunaux frappaient avec rigueur les grévistes d'occasion qui tentaient par des coalitions sans durée et sans cohésion de faire prévaloir la force des bras croisés contre la domination unilatérale du patron. Les ouvriers suspects de viser à l'organisation collective de leur profession vivaient d'ailleurs sous la surveillance constante de la police.

« Tant que le travail ne se fera pas reconnaître pour souverain, écrivait Proud'hon, il doit être traité en serf ».

La législation française n'avait-elle pas à cette époque une excellente raison pour être en faveur des propriétaires? Elle était inspirée par les propriétaires, investis par le régime censitaire du privilège de l'électorat politique.

Il est vain, pour protéger les faibles de mettre l'Etat au-dessus de tout, si l'on ne peut empêcher les plus forts de s'emparer de l'État.

2. — Chacun sait que les assemblées législatives, animées dans la seconde moitié du XIX[e] siècle, d'un esprit nouveau, ont détruit un à un les privilèges légaux de la bourgeoisie. Il est résulté en effet de l'avènement du suffrage universel un changement complet dans l'orientation du droit.

Mais le suffrage universel a été lui-même le prix d'une lutte : suivant les expressions énergiques de Courcelle-Seneuil, un économiste qui a proposé l'un des premiers, en France, de donner aux études juridiques un caractère moins scolastique, le suffrage universel est à tous ceux qui le prennent, et partant il a toute la force d'un fait. Si les femmes ne le possèdent pas, c'est qu'elles ne l'ont pas encore exigé et conquis.

Dans les pays de suffrage universel, la législation tend à devenir un instrument d'égalité et de protection. Car elle est inspirée par la classe la plus nombreuse. Le suffrage des humbles n'est pas étranger au développement notable des lois d'assistance, à l'organisation de ce que M. Fouillée a spirituellement appelé la fraternité autoritaire.

L'idée de justice plane au-dessus de la société, mais elle n'est guère réalisée que pour des fins égoïstes.

Sans doute, les détenteurs de la force politique obéissent parfois au sentiment d'une équité supé-

rieure à leur intérêt propre, mais d'après les enseignements du passé les concessions gracieuses qu'ils sont disposés à faire, par un pur esprit de bienveillance n'équivalent jamais aux revendications présentées par les catégories les plus faibles comme l'expression de leur droit strict. La charité des maitres grecs, si elle adoucissait le sort des esclaves, n'allait pas jusqu'à désirer la suppression de l'esclavage.

Dans l'histoire, les faibles n'ont encore trouvé qu'un moyen d'accroître leur place dans la société et dans le droit, c'est de devenir forts.

De même que le bien-être croissant des classes engendre leur croissante aspiration au mieux-être, de même leur force croissante fait naître en elles une croissante aspiration à un droit plus largement reconnu.

Les ouvriers s'étaient beaucoup aidés eux-mêmes par la grève et par le syndicat avant d'attirer sur eux la protection de l'Etat législateur. Les ouvriers des mines, dont l'organisation est remarquable, ne sont-ils pas en tous pays les privilégiés de la législation du travail ? L'histoire du droit ouvrier est une école d'énergie. Et qu'est-ce, en somme, que le droit ouvrier? Une législation de classe, comme le Code de 1804.

Il y a dans la lutte pour la loi des vainqueurs et des vaincus, et il est rare que l'Etat soit un agent

de haute équité, puisqu'il est lui-même une arme de combat dans la mêlée des intérêts.

Le suffrage universel interprète la notion, il faut bien le dire, un peu confuse et contradictoire de l'égalité devant la loi par l'idée plus claire de l'égalité par la loi. Car il se refuse à concevoir l'égalité devant une loi qui reconnaît les inégalités sociales. Et il est incontestable en effet que, philosophiquement, l'idée d'égalité est inséparable de l'idée de droit; le règne du droit pur ne peut s'imaginer entre des hommes inégaux. Mais la loi n'est qu'une approximation infiniment lointaine du droit idéal et, loin d'écarter l'idée de lutte, l'idée d'égalité la suppose, car l'égalité sociale se réalise toujours contre quelqu'un.

On connaît les beaux vers de Sully-Prud'homme dans son poème de *La Justice* :

> Dans l'espèce humaine aux Codes asservis,
> Entre les combattants du champ clos de la vie,
> Vous limitez le droit sans assurer la part.

Mais la loi, afin d'être réellement la même pour tous, peut-elle d'office assurer à chacun la même part ?

Il est dans la société des êtres que la loi ne peut efficacement protéger parce qu'ils sont, malgré son appui, *trop faibles* pour échapper à la défaite.

Est-ce à dire que, dans la mêlée contemporaine,

règne exclusivement *le droit du poing?* Evidemment non. Mais, si le droit n'est plus la violence, il est encore trop souvent la force. Ce n'est pas seulement dans l'ordre international qu'il est bon, suivant le conseil de Voltaire, de « se mettre en état d'être aussi injuste que ses voisins ».

§ II

LE BÉNÉFICE APPARENT ET LE BÉNÉFICE RÉEL DES LOIS DE PROTECTION ; LA LUTTE DES INDIVIDUS ET DES CLASSES POUR LA CONSERVATION ET LA MISE EN VALEUR DE LEURS DROITS LÉGAUX.

Si l'individu n'a pas la force de prendre un droit, au moins faut-il, lorsqu'il le tient d'un texte législatif, qu'il ait la force de l'exercer.

La loi ne se défend pas, en effet, toute seule et les droits qu'elle nous concède sont au fond des virtualités ou des possibilités qu'il appartient à chacun de faire passer dans le domaine de l'action.

Sinon, par notre inertie, nous laissons prescrire la loi contre nous et c'est un terrain perdu à reconquérir par un nouvel effort.

La lutte judiciaire est la forme normale de la lutte pour le triomphe de nos droits légaux. C'est une lutte pénible, car elle entraîne pour un résultat aléatoire une dépense plus ou moins forte de

temps et d'argent. Mais c'est une lutte nécessaire. La défense du droit est à la fois un acte de conservation personnelle et un acte de défense sociale. Comme l'a dit Ihering, le plus célèbre des jurisconsultes philosophes, si nos droits existent par la loi, il est également vrai de dire que c'est par l'exercice concret et répété de nos droits que nous faisons vivre la loi.

Une justice lente et coûteuse diminue donc pour une bonne part l'efficacité des textes législatifs. Quel individu n'est disposé à accepter une somme d'illégalités équivalente à la somme des sacrifices à faire ou des ennuis à supporter pour en obtenir judiciairement la réparation ? Il y a là une sorte de déchet de nos droits légaux, variable selon la perfection de l'organisation judiciaire.

En matière pénale, combien d'actes échappent à un châtiment mérité parce que les victimes ou les témoins, par crainte des dérangements, se gardent d'en donner connaissance à la justice. C'est ainsi que tant d'honnêtes gens, faisant prévaloir leur commodité personnelle sur le souci de l'intérêt général, contribuent à affaiblir l'action des lois répressives.

Les individus, ni les classes ne se résignent de bonne grâce à perdre par la loi la place qu'ils occupent dans la société. C'est ainsi que la plupart des lois ouvrières, loin de dispenser les sala-

riés de la lutte, ont été l'occasion de luttes nouvelles, de « grèves législatives », nécessaires pour vaincre la résistance des industriels. De grandes entreprises ont longtemps tenu pour « nulle et non avenue » la loi de 1884 sur les syndicats professionnels: les ouvriers, par crainte d'un renvoi immédiat, n'osaient faire la déclaration prévue par la loi. D'une manière générale, l'industriel est porté à imputer la charge des lois sociales sur le salaire de son personnel plutôt que sur son bénéfice propre, s'il ne diminue le nombre de ses ouvriers en exigeant de ceux qui restent un travail plus intense.

Alors, comme dit Spencer, « ce qui paraît un don gratuit n'est pas un don gratuit », et les concessions du législateur peuvent aller jusqu'à sembler singulièrement onéreuses à ceux-là mêmes qui en bénéficient.

L'action des lois n'exclut pas le *self-help* social, et un texte juridique n'est rien s'il n'y a personne derrière...

CHAPITRE III

La Psychologie de l'obéissance aux lois.

§ I. Les fondements périmés de l'obéissance aux lois.
§ II. Le respect des lois et l'idée de la souveraineté nationale : le régime démocratique, gouvernement de l'esprit critique.
§ III. L'affaiblissement général et inévitable de l'autorité morale des lois et la psychologie comparée de l'obéissance aux lois.

« L'autorité est une force qui dépend, non de la volonté de celui qui domine, mais de la conscience de celui qui se soumet. »

Korkounof.

S'il suffisait autrefois d'affirmer la loi comme un dogme, il semble qu'il devienne aujourd'hui nécessaire de démontrer chaque loi comme un théorème.

Or, sans vouloir ici rappeler les enseignements de la psychologie des foules, ni tenter l'esquisse d'une psychologie de la croyance, nous pouvons bien dire qu'une affirmation énergique, si dénuée de preuves soit-elle, dégage pour le plus grand nombre une force de conviction, ou, si l'on veut, de

suggestion qui dépasse infiniment celle de la démonstration la plus rigoureuse.

Dès lors qu'elle n'est plus irréfléchie, l'obéissance à la loi perd la valeur d'un instinct social pour devenir un acte de raison individuelle. Transition redoutable! Car beaucoup d'esprits peu cultivés, qui cédaient à la force héréditaire de l'instinct, ne sont pas encore capables d'un acte de raison. Malgré le vœu d'Auguste Comte, les ignorants sont moins que jamais disposés à renoncer spontanément à leur droit d'examen en matière sociale... M. Gustave Le Bon a fait cette juste remarque que les peuples, à trop raisonner, n'ont jamais beaucoup gagné. Mais que faire s'ils raisonnent?

Le scepticisme moderne, forme vulgaire du doute méthodique inspiré par l'esprit scientifique, s'il nous a donné un peu de tolérance, nous a, dans une large mesure, enlevé le préjugé utile du respect qui, comme tous les sentiments, s'évanouit lorsqu'il cherche à s'analyser.

Or, s'il est déjà très difficile de restaurer avec fidélité une œuvre d'art, pouvons-nous croire possible de ressusciter un sentiment?

§ I

LES FONDEMENTS PÉRIMÉS DE L'OBÉISSANCE AUX LOIS.

L'histoire, qui regarde vers le passé, nous décrit une époque où la religion, suivant le mot du jurisconsulte allemand Ihering, plaçait le droit dans un éloignement qui, par lui-même, faisait naître la vénération. Tous les droits primitifs étaient des droits religieux : ils étaient la religion même dans ses applications sociales les plus essentielles et les plus immédiates. Ainsi, par son origine magique ou surhumaine, le droit échappait aux prises de la critique populaire. Mais, dans les sociétés civilisées, le droit est purement laïque, et la religion cessant malgré elle d'être juridique, a presque cessé d'être sociale.

Au temps de la monarchie absolue, les prescriptions du droit consacré, encore éclairées d'un reflet de droit divin, restaient au-dessus de la nation gouvernée et s'imposaient à elle, comme l'ordre inconditionné d'une volonté supérieure par essence. Mais, en fait, chez les nations modernes, là même où le monarque commande, il est rare qu'il légifère, et, s'il promulgue les lois, ou retient le droit de les violer, ce n'est plus lui qui les a faites.

La notion moderne de la souveraineté de l'État impersonnel a constitué une tentative de haute valeur pour sauvegarder théoriquement l'autorité irréfragable des lois, désormais rapprochées de l'humanité commune. C'est d'ailleurs son but avoué et son unique justification. Mais dans les pays où la souveraineté a perdu le support du pouvoir personnel, ou ne trouve plus dans le sceptre d'un monarque héréditaire son symbole visible, les définitions traditionnelles de l'État ne répondent plus au sentiment profond de la foule. L'État est souverain, *mais où est l'État ?*

Dès lors, à qui peut incomber l'office nécessaire de pourvoir au maintien de la discipline sociale, si ce n'est à la nation même, maîtresse de ses destinées? La souveraineté nationale, suivant la formule du professeur Esmein, c'est l'interprétation juridique exacte et adéquate d'un fait social incontestable et qui s'impose : *l'obéissance...* ».

§ II

LE RESPECT DES LOIS ET L'IDÉE DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE : LE RÉGIME DÉMOCRATIQUE. GOUVERNEMENT DE L'ESPRIT CRITIQUE.

Au premier examen, l'idée de la souveraineté nationale semble, en effet, de nature à fortifier

singulièrement la loi, car elle lui donne une base plus étendue.

Est-il possible de concevoir sans absurdité, dans la nation, une autorité supérieure ou concurrente à la nation même, prise dans sa totalité?

Mais cette souveraineté, que le juriste attribue à la nation, chaque citoyen a tendance à se l'attribuer tout entière à lui-même. La souveraineté nationale, considérée non d'une manière abstraite, mais dans la conscience du plus grand nombre, c'est la souveraineté de la raison individuelle ou de l'égoïsme privé. Or, c'est comme sentiment public qu'un principe de droit constitutionnel prend sa valeur réelle. On connaît le sophisme lapidaire de Lamartine : Tout Français est citoyen, tout citoyen est électeur, tout électeur est souverain. Dès lors, la loi n'est plus qu'un engagement pris par l'électeur à l'égard de lui-même, et dont il est moralement libre, si ses idées tournent, ou si ses intérêts changent, de briser le lien fragile. Désobéir à la loi, n'est-ce pas en somme une manière de la modifier sans formalités?

Suivant une forte remarque de M. Boutmy, la royauté a encore l'air d'être absolue, même dans les pays où elle a cessé de l'être effectivement. Dans les démocraties, au contraire, la nation, personnification insaisissable dans son unité, ne peut donner à la loi « l'âme profonde du commande-

ment », et c'est pourquoi, là où elle a proclamé son autorité souveraine, elle n'a jamais l'air de l'exercer. La nation est souveraine, *mais où est la nation?* C'est la majorité parlementaire.

« Il faut obéir aux supérieurs, parce qu'ils sont supérieurs », comme l'a dit Pascal, avec l'ironie douloureuse de son pessimisme. Mais les détenteurs effectifs de l'autorité publique sont, par l'origine directe ou indirecte de leur mandat, les serviteurs de la nation. Or, une autorité qui doit donner des justifications est déjà singulièrement affaiblie et, si l'on ne croit pas en elle, elle est bien près de ne plus croire très fort à elle-même.

Aussi bien, si personne n'a le droit de violer la loi, nous avons tous, sans conteste, celui de la critiquer. Or, vouloir que l'individu observe une loi de la manière la plus scrupuleuse au moment même où il la déclare radicalement mauvaise et où il en pressent l'abrogation prochaine et inévitable, c'est lui demander, comme l'a noté finement M. Gustave Lanson dans son étude pédagogique sur « le Respect des Lois », un véritable « tour de force » psychologique.

Si l'agitation contre une loi se produit sous la forme d'une manifestation collective, le passage est plus glissant encore de la protestation verbale à la désobéissance effective. Violer la loi tout seul, c'est un délit; à mille, une émeute; à cent mille,

une révolution, et la foule, si elle est assez nombreuse, puise dans sa force même un droit supérieur à toute légalité, parce qu'elle croit porter en elle une légalité nouvelle.

La soumission ne serait-elle pas plus facilement obtenue, et plus complète à l'égard de commandements soustraits à la discussion? Sans aucun doute, la loi serait plus forte si elle avait le temps de devenir une tradition. Mais dans les sociétés modernes, animées d'un idéal systématiquement progressif, l'instabilité des lois est plus qu'un fait : presque un principe.

Ainsi, l'idée de la souveraineté nationale, qui assure *juridiquement* à la loi le fondement le plus large et le plus solide, tend *psychologiquement* à en affaiblir l'autorité morale, parce qu'elle éparpille l'Etat et individualise le droit. Ne pourrait-on définir le régime démocratique et parlementaire à la fois dans ce qu'il a de meilleur et de pire : le gouvernement de l'esprit critique?

§ III

L'AFFAIBLISSEMENT DE L'AUTORITÉ MORALE DES LOIS ET LA PSYCHOLOGIE COMPARÉE DE L'OBÉISSANCE AUX LOIS.

L'affaiblissement de l'autorité morale des lois est un fait *général* et un fait *normal* ; il tient à

l'évolution même de l'organisation politique et de l'esprit humain.

C'est dire que le législateur contemporain doit perdre dans une large mesure « sa foi tranquille à être obéi ».

En France, particulièrement, l'autorité morale des lois a des racines peu profondes dans l'âme populaire. L'appel constant à l'intervention de l'État n'entraîne en aucune manière le respect de la légalité ; le régime de la faveur, qui résulte de l'effort persévérant développé par chaque citoyen pour échapper personnellement à l'application de la règle commune, est une transposition démocratique de la passion du privilège et par conséquent un legs de l'ancien régime. Les révolutions et les coups d'Etat, au lieu de corriger dans notre mentalité le mysticisme de l'État souverain, en nous montrant la fragilité de ses assises, nous ont seulement appris comment on s'empare par un coup de main heureux de la souveraineté législative et gouvernementale. L'Église catholique, qui est un État désaffecté, a maintenu dans l'esprit de ses fidèles la prééminence de la loi religieuse sur les lois civiles, et a jeté l'anathème sur un certain nombre d'entre elles : loi sur le divorce, lois scolaires, loi sur les associations et les congrégations, loi sur la séparation des Églises et de l'État. Le mouvement ouvrier, qui a trouvé son expression

dogmatique dans le collectivisme, n'a pu encore acquérir le respect d'une loi jusqu'à ce jour ennemie, et nous avons dit comment la classe ouvrière, suivant l'illusion traditionnelle, tendait à transformer la force croissante des institutions syndicales en une souveraineté unilatérale et illimitée. Et la classe moyenne qui a toujours craint l'illégalité tumultueuse et sanglante de l'émeute, n'a pas montré le même éloignement pour les illégalités pacifiques et secrètes qui constituent la menue monnaie de l'arbitraire administratif et contribuent à miner par d'invisibles fissures le régime de la légalité.

C'est une erreur, communément répandue, de croire que l'Angleterre est une nation profondément respectueuse de la légalité ; volontiers, le juge y ridiculise la loi et le fait qu'un texte a été beaucoup violé y est un argument valable en faveur de son abrogation. La vérité est que le Parlement anglais, doutant prudemment de lui-même, pénétré, comme l'a remarqué M. Boutmy, du « caractère suspect et tout relatif de son œuvre », respecte beaucoup une nation modérément respectueuse des statuts législatifs et s'efforce de lui rendre l'obéissance plus facile, afin de l'obtenir plus sûrement.

L'esprit allemand, dans l'ordre social, se caractérise par une hypertrophie du sentiment de la

discipline. « La manie de l'autorité, en Prusse, n'a pas de bornes. Du pouvoir, elle passe aux agents, des agents aux simples particuliers. Sitôt qu'un homme a sous ses ordres un ou deux serviteurs, il légifère... Aussi trouve-t-on des règlements partout... » Ce trait de la mentalité allemande, spirituellement noté par M. Jules Huret, explique la docilité naturelle des administrés aux commandements de l'autorité publique. Une loi gênante est le plus souvent tournée en France : en Allemagne, elle serait sans doute appliquée. Quant aux Anglais, il est probable qu'ils ne l'auraient pas votée...

La force obligatoire des lois, qui varie suivant la constitution mentale des peuples, peut aussi varier suivant la matière. Dans le domaine religieux, intellectuel ou moral, l'impératif de la conscience sociale vient se heurter à l'impératif de la conscience privée ; la puissance des lois s'arrête devant la souveraineté de la personne sur elle-même, car si l'on trouve quelque part la souveraineté, ce n'est pas dans l'État, c'est dans l'individu.

Ainsi l'on peut dire que si les lois sont obligatoires, elles ne le sont pas partout et toujours de la même manière, ni avec la même intensité ; or, si l'obligation légale, par elle-même, oblige moins, elle doit être à la fois mieux justifiée et mieux sanctionnée : il y va de l'efficacité même des prescriptions législatives.

N'est-il pas curieux de noter à cet égard que les peuples sont d'une manière visible portés à respecter moins la loi, au moment précis où par un mouvement presque général, ils semblent vouloir lui demander plus ? Cette contradiction intime atteint son point extrême dans les périodes révolutionnaires ; la législation est alors surabondante et inappliquée... Car la puissance des lois, pour une grande part, est faite de la discipline volontaire des citoyens : cette discipline vient-elle à manquer ? S'il y a encore une société, il n'y a plus de législation.

Il est certain que, pour être obéi sans contrainte, le législateur se verra de plus en plus dans la difficile nécessité de faire des lois excellentes, s'imposant par leur utilité reconnue, par leur équité évidente à l'adhésion chaleureuse de la conscience sociale : la loi oblige aujourd'hui par son contenu, plutôt que par son origine, et, si c'est une bonne loi, lui obéir n'est pas un devoir, c'est un besoin.

Nous ne voulons pas dire que le respect des lois a disparu, mais il s'est transformé : c'est un respect critique, le seul qui puisse être effectivement exigé d'une nation intelligente et animée de l'esprit de discussion.

Aucune fiction ne peut dissimuler ce *fait psychologique*, dont il appartient au législateur de méditer les déductions pratiques.

CHAPITRE IV

La lutte de l'État pour la loi.

§ I. La spécialisation de l'industrie d'administrer et le prix des lois.

§ II. Le faible rendement de la contrainte. — 1. L'affaiblissement des sanctions légales : progrès parallèles du droit pénal et de la criminalité. — 2. Le crime, industrie privée; la répression, industrie d'État. Le meilleur droit pénal, une bonne police. — 3. Difficulté de forcer la volonté individuelle, collaboration nécessaire des forces spontanées. Substitution dans les rapports entre l'État et les particuliers de la coopération à la subordination, de l'association à la hiérarchie. — 4. Le code pénal, morale d'État. Utilité juridique de la morale privée. L'abondance des lois comme symptôme de l'affaiblissement des mœurs.

L'idée de contrainte est à proprement parler l'idée juridique : si les règles du droit se distinguent des prescriptions de la morale, c'est, avant tout, parce qu'elles sont *sanctionnées*.

Mais la sanction des lois est toute relative : l'Etat, parce qu'il est l'Etat, n'est pas nécessairement maître d'imposer par la force à tous les citoyens l'observation intégrale de leurs obligations juridiques et, d'une manière générale, s'ils

respectent la loi, c'est parce qu'ils veulent la respecter.

Une loi qui n'est pas d'avance acceptée par les mœurs est une sorte de déclaration de guerre de l'Etat à la société, et lorsque le législateur ne prend pas soin de munir l'État d'armes efficaces, il expose la loi à une défaite certaine.

Or n'est-il pas absurde, suivant une juste remarque de M. Leroy-Beaulieu, de maintenir dans une législation une série de dispositions inapplicables, sous prétexte qu'elles seraient utiles, si elles pouvaient être appliquées ?

§ I

LA SPÉCIALISATION DE L'INDUSTRIE D'ADMINISTRER ET LE PRIX DES LOIS.

L'Etat est l'organisation de la contrainte juridique : il est donc naturel que le nombre des fonctionnaires s'élève parallèlement à la multiplication des lois, car l'Etat n'existe, au point de vue concret, que par ses agents. Ainsi une loi nouvelle a pour corollaire indirect, mais inévitable un article nouveau du budget annuel.

Il est vrai que le législateur peut indéfiniment voter des textes sans accroître les cadres de l'administration, mais alors toute la législation se trouve

affaiblie, parce que chaque loi est un peu moins appliquée.

Dans la plupart des pays, on commence à se rendre compte que l'exécution des lois est une espèce d'industrie extrêmement difficile et compliquée, et doit, comme toutes les industries, obéir au grand principe de la division du travail. A mesure que la coercition de l'État prétend devenir plus étendue, et plus pénétrante, les organes exécutifs se développent et se diversifient : il y a *des administrations* plutôt qu'une administration, *des polices* plutôt qu'une police. La nécessité de la spécialisation est une des raisons, sinon la seule, du phénomène bien connu de la *scissiparité* des bureaux ou des services dans les administrations publiques.

Avant 1874, le législateur français ne s'était en aucune manière préoccupé d'assurer par l'institution d'agents particuliers l'application des dispositions déjà nombreuses concernant le travail dans l'industrie : c'était, dans son esprit, une mission nouvelle pour la police générale. En 1874, l'expérience de ce système était faite, et bien faite : les lois sociales étaient à peu près mortes. Le soin d'organiser l'inspection des établissements industriels fut alors remis aux départements, mais, seul, le département de la Seine s'acquitta sérieusement de cette lourde obligation. Enfin, en 1892, l'État

lui-même se décida à prendre en main la défense des lois ouvrières, en créant un corps spécial d'inspecteurs du travail, placé sous la direction du gouvernement central. Seulement, visant à l'économie, l'État n'institua qu'un petit nombre de ces fonctionnaires indispensables. A l'heure présente, les agents de l'inspection, qui ne dépassent pas encore de beaucoup *la centaine*, sont chargés de surveiller des entreprises, qui ne sont pas très loin, par l'extension progressive des lois ouvrières à la petite industrie et au petit commerce, sinon au travail domestique, et au travail à domicile, d'atteindre *le million*. Avec la meilleure volonté du monde, l'inspecteur ne parvient pas à visiter, une fois par an, chaque établissement de sa circonscription. Voilà donc un service qui ne coûte pas encore assez cher...

Par la transformation récente d'une législation reconnue inefficace, la répression des fraudes commerciales est devenue en France plus active. On ne sait pas si la législation nouvelle va mettre un frein aux falsifications, mais il est certain qu'elle est en train de couvrir le territoire d'un réseau de laboratoires de chimie officiellement organisés ou agréés. Aussi bien le législateur a-t-il si nettement compris quelle source de dépenses pouvait être ce régime qu'il a limité à un maximum le nombre des prélèvements à opérer chez les com-

merçants, pour vérifier par l'analyse la sincérité de leurs produits.

L'Etat peut avoir dans l'ordre social les intentions les plus variées. Mais il n'a qu'un moyen *et un seul* de les réaliser : la loi. Or que peut créer la loi ? Des impôts et des fonctionnaires.

C'est dire que, si elle est quelquefois utile, elle n'est jamais gratuite.

§ II

LE FAIBLE RENDEMENT DE LA CONTRAINTE.

1. — Dans les sociétés modernes, la loi, qui oblige peu, est mal sanctionnée : l'évolution du droit pénal s'est en effet produite dans le sens d'un affaiblissement constant de la répression.

La répression rapide, énergique des actes réprouvés par le sentiment collectif, c'est tout le droit pénal des peuples barbares : elle n'est pas, et *ne peut plus être*, dans l'état présent des esprits, l'objet unique des lois pénales régissant une nation civilisée.

Les garanties de la liberté contre l'arbitraire de la police ou de la justice sont au premier plan de nos préoccupations. Or, le respect de la liberté individuelle énerve l'action répressive, parce qu'il entraîne une réglementation étroite de la procé-

dure. Systématiquement, pour sauvegarder un innocent, la loi contemporaine permet à cent coupables d'échapper au châtiment. Les juges d'instruction, dont le législateur tend de plus en plus à limiter les pouvoirs, se trouvent dans une certaine mesure désarmés à l'égard du délinquant : cela est si vrai qu'ils retardent volontiers le moment de se saisir pleinement de l'affaire afin de laisser aux officiers de police judiciaire, dont l'indépendance est plus complète, le soin de rechercher les premiers éléments de la vérité.

L'introduction du régime judiciaire français, en Algérie, avait entraîné une recrudescence notable de la criminalité indigène. C'est pourquoi, en 1902, le gouvernement, reconnaissant la nécessité pratique de ressusciter autant que possible les procédés simples et expéditifs de l'ancienne justice arabe, créa les tribunaux *répressifs* : le titre même de la juridiction nouvelle était significatif. Mais les décrets de 1902 soulevèrent d'immédiates et véhémentes protestations : car, pour mieux assurer la répression, ils avaient simplement sacrifié les principes essentiels de notre législation pénale et, pour fortifier l'action de la justice, gravement méconnu les droits de la défense. Ils ont été depuis modifiés dans un sens libéral. Mais ils n'en constituent pas moins, à l'égard des indigènes algériens, une régression manifeste du droit pénal. Il n'est

pas douteux qu'une telle régression, si elle s'imposait en Algérie comme une adaptation de nos institutions judiciaires à la mentalité arabe, serait au même degré impossible en France. Les droits de la défense sont une acquisition définitive de la législation contemporaine.

A l'origine, le droit ne demandait à une sanction que d'être une sanction : c'était pour elle un mérite d'être cruelle si elle paraissait efficace. Aujourd'hui la peine n'est pas seulement une peine : elle est un moyen de relèvement. D'autre part, elle ne doit être, ni irréparable, car elle peut frapper un innocent, ni atroce, car la loi, même dans le coupable, respecte la personne humaine : cette double condition exclut les pénalités les plus redoutables, c'est-à-dire les châtiments corporels, et si elle n'a pas en tout pays entraîné la suppression de la peine de mort, elle en a du moins rendu l'application singulièrement rare.

Enfin la science moderne, ébranlant la notion métaphysique de responsabilité morale, a fait chanceler le fondement traditionnel du droit de punir : à vouloir exactement définir l'individu pleinement responsable, exempt de toute tare physiologique, héréditaire, ou personnelle, on finit par se demander si la responsabilité sans atténuations n'est pas la caractéristique de l'honnête homme, ayant par la rectitude même de sa vie

démontré la santé de son corps et de son esprit. Ayant coutume de lier la notion de peine à celle de responsabilité, nous n'admettons pas encore cette idée très simple que si tous les criminels étaient irresponsables, il faudrait tout de même un droit pénal.

Toutes les idées, *aujourd'hui indestructibles*, qui sont venues dans la législation altérer l'idée primitive d'une répression immédiate et impitoyable, ont ainsi déterminé une sorte d'évolution vers l'impunité du crime. Il est de l'inefficacité des sanctions pénales, dans les sociétés modernes, deux preuves décisives : l'augmentation des actes délictueux, l'accroissement de la récidive. Il semble bien que le développement de la criminalité ait été parallèle au progrès du droit pénal.

Les lois civiles sont naturellement sanctionnées d'une manière moins rigoureuse que les lois criminelles. Même à Rome, les créanciers n'avaient pu garder longtemps, s'ils l'avaient jamais exercé, le droit de se partager le corps du débiteur. Et dans les pays où la prison pour dettes a été abolie, on peut dire que, *pour l'insolvable*, il n'est plus de loi en matière civile.

2. — Dans un rapport adressé, en 1907, au Président de la République française, le Garde des Sceaux s'exprimait ainsi : « Aucun progrès n'a été réalisé

par la justice dans le moyen de parvenir à la découverte de la vérité, alors que les criminels utilisent toutes les ressources que leur donne la rapidité des communications pour s'éloigner du théâtre de leur crime ou se créer un alibi. Leurs agissements délictueux se modifient avec les progrès de la science, tandis que les procédés de l'instruction criminelle restent stationnaires. »

On s'explique ainsi que, pendant l'année 1904, il y ait eu, en France, plus de cent mille actes délictueux, dont les auteurs sont restés inconnus, et que la moitié au moins des coupables, en matière proprement criminelle, soit parvenue à se soustraire à toute répression.

Sans doute le législateur français a un peu oublié que le meilleur droit pénal, c'est d'abord une bonne police, et que la certitude du châtiment peut seule racheter la modération des pénalités.

Mais la police, si bien organisée soit-elle, est une entreprise d'État; le crime, une industrie privée, et la lutte pour la loi met en présence l'action gouvernementale et l'initiative individuelle dans des conditions particulièrement défavorables pour l'autorité publique. Ceux qui attaquent la légalité n'ont-ils pas sur ceux qui la défendent l'avantage de l'offensive?

Les infractions à la loi resteraient pour la plupart ignorées, si les personnes lésées ne les por-

taient à la connaissance de la justice : par elle-même, la police la plus nombreuse et la plus diligente ne saurait découvrir tous les actes délictueux, ni saisir tous les délinquants, car chaque citoyen ne se trouve pas placé, d'une manière permanente, sous le rayon visuel de l'autorité publique.

On sait que la loi française autorise les sociétés de courses à organiser le pari mutuel dans l'enceinte de leurs hippodromes et prohibe, au contraire, sous des pénalités sévères, le pari fait en dehors des champs de courses. Or, il est de notoriété publique que le montant des paris effectués dans les agences clandestines atteint, s'il ne le dépasse, le montant des sommes engagées au pari mutuel. Les individus poursuivis ne constituent certainement que la petite minorité des délinquants.

Dans le domaine fiscal, en luttant pour la loi, l'État combat pour lui-même, puisqu'il vit et se développe par l'impôt. Mais à mesure que le chiffre de l'impôt s'élève, l'intensité de la fraude s'accroît. Afin d'empêcher la matière imposable de se dissimuler ou de fuir, l'État est obligé de multiplier les formalités gênantes, sinon vexatoires, comme s'il y avait dans tout contribuable un fraudeur éventuel, et, pour inspirer à ses agents plus d'ardeur ou plus d'ingéniosité, il va parfois jusqu'à leur faire sentir, par des primes, l'aiguillon d'un

intérêt personnel. Enfin, pour assurer la perception de l'impôt, il reste à l'État un moyen suprême, c'est de mettre la main sur la matière imposable. Ainsi naissent les monopoles fiscaux : en France, le monopole du tabac, ou celui des allumettes, n'ont pas d'autre origine ni d'autre raison d'être.

En matière fiscale, l'action de l'État est d'autant plus vigoureuse que la résistance des particuliers est plus forte. Mais l'autorité publique n'a pas toujours à l'exécution des lois un intérêt aussi direct, et il arrive alors que la multiplication des actes délictueux, au lieu d'aggraver la répression, la décourage. Le nombre des infractions poursuivies, en vertu de la loi de 1873, sur l'ivresse publique, a fléchi, depuis l'origine, de 50 0/0 : pendant ce temps, l'alcoolisme devenait un danger national.

Les hommes qui jugent ou administrent ne sont pas isolés du milieu social : s'ils ont pour devoir professionnel de faire respecter la loi, ils n'en subissent pas moins l'influence de l'opinion.

Comment, en vérité, l'autorité exécutive lutterait-elle très fort pour la loi, lorsqu'elle est obligée de lutter toute seule contre tout le monde? On ne voit pas pourquoi les vertus qui manquent aux citoyens se retrouveraient chez les fonctionnaires...

C'est ainsi que beaucoup de pénalités, contraires

au sentiment public, ont cessé d'être appliquées avant d'être abrogées. Les peines trop élevées provoquent de la part des jurys des acquittements systématiques.

C'est ainsi, malheureusement, que beaucoup de lois excellentes, comme la loi française sur la santé publique, donnent des résultats presque nuls, parce qu'elles sont en avance sur l'esprit public et que l'énergie administrative, à vouloir les exécuter, s'use, pour ainsi dire, par la multiplicité des frottements.

3. — Du faible rendement de la contrainte, il faut conclure, en premier lieu, que dans les rapports entre l'État et les particuliers, l'élément essentiel est la *coopération*, non la *subordination*.

On a constaté dans l'histoire, malgré des sanctions draconiennes, l'échec absolu des emprunts forcés. La coercition n'est pas du tout, pour l'État, le moyen le plus facile et le plus économique de se procurer de l'argent.

Au contraire, lorsque la conscience commune reconnaît la légitimité d'une mesure fiscale, elle en accepte la charge sans protester. Ce qu'il y a d'admirable dans notre système fiscal, c'est la bonne volonté du contribuable.

La véritable sanction des lois est l'assentiment du plus grand nombre, qui, non seulement prévient

les infractions, mais encore pousse l'État à frapper les dissidents.

Sans doute la loi est un commandement unilatéral et sans réplique : excellente définition à l'égard des citoyens, dont elle tend à assurer l'obéissance. Mais il en faudrait une seconde, exactement opposée, à l'usage des législateurs : la loi est une sorte de concordat, dénouement pacifique de négociations poursuivies entre les intérêts rivaux ou adverses.

Si l'État ne peut rien, sans la collaboration des forces spontanées, chacun de nous, dans la sphère modeste de son action, devient un petit gouvernement, participant à l'exécution des lois. Quel individu ne possède dans la société un pouvoir, dont il est maître d'user pour on contre l'État ?

L'État doit donc compter avec l'individu, mais l'individu doit comprendre que la meilleure loi est stérile, s'il n'accorde son aide à l'État. Il y a, entre eux, une *association* plutôt qu'une *hiérarchie*. L'État n'est-il pas au fond une manière d'agir de la société ?

4. — Les sociétés modernes n'ont plus de religion d'État, elles ont encore une morale d'État : c'est le Code pénal.

Mais cette morale d'État ne se suffit pas à elle-même, puisque les sanctions légales, signe exté-

rieur de la réprobation publique, ne peuvent ni empêcher le retour, ni prévenir le développement des actes défendus par elles.

L'abondance des lois pénales est le symptôme le plus grave de l'affaiblissement des mœurs: combien de textes, et, par exemple, les lois sur le vagabondage spécial, ou la pornographie, sont beaucoup moins des remèdes efficaces que de terribles révélations.

Il n'y a pas besoin de réprimer l'anthropophagie....

Pour M. Durkheim, « il est normal que, dans toute société, il y ait des crimes ». Bien plus, « l'existence d'une criminalité... est indispensable à la santé collective ». Car il régnerait, dans une société sans criminels, « un nivellement des consciences... qui n'est ni possible, ni désirable... »

La vérité est que la criminalité est, par l'insuffisance irréparable de la répression, une maladie chronique et incurable de la société.

Si elle ne s'étend pas, au point d'emporter le malade, est-ce parce que l'individu redoute les sanctions de la morale d'État? C'est parce que, généralement, il est, comme on l'a dit, par la morale privée, *agent de police sur lui-même*, et, par les bonnes intentions qui font l'honnête homme, se trouve naturellement porté aux bonnes actions, qui font le bon citoyen. L'obligation morale est

l'armature invisible de l'obligation juridique, et l'intelligence, qui conçoit la loi, n'a de valeur pratique que par la volonté qui l'exécute.

La morale a un caractère social et toujours conforme à l'égoïsme collectif, si elle est parfois en contradiction avec l'intérêt individuel. On peut se passer de moralité pour soi-même, mais nous avons tous besoin de la moralité des autres. Or, de la vie en société, si nous acceptons les bénéfices, nous devons supporter les risques... : c'est une opération d'ensemble. Toute la morale est là : il faut respecter les règles du jeu.

Suivant le mot très juste de Max Nordau, la conscience est en nous le représentant *de l'opinion publique.* C'est pourquoi une forte moralité est le soutien indispensable des ordres ou des prohibitions de la loi.

Elle permet, dans une large mesure, à l'État de faire *l'économie de la contrainte.*

CHAPITRE V

L'illusion de légiférer pour l'avenir; retard nécessaire des lois sur les faits.

§ I. Le rôle normal de la loi : la consécration des faits acquis.
§ II. La puissance révolutionnaire de l'invention et la ligne brisée de l'évolution.
§ III. Les survivances législatives.

§ I

LE ROLE NORMAL DE LA LOI; LA CONSÉCRATION DES FAITS ACQUIS.

« Les rapports de la vie contiennent en eux-mêmes les lois qui les doivent régir. »
F. Gény.

C'est par une sorte de mirage, se formant dans la pénombre des temps légendaires, que les codifications primitives, loi de Manou, loi des Douze Tables, ou Koran, ont été considérées par les peuples comme le produit arbitraire d'une volonté divine ou humaine : elles ne sont dans leur ensemble que

des recueils ou résumés d'usages préexistants, légèrement modifiés, en un mot des « coutumiers » analogues à ceux de notre moyen âge.

En est-il autrement des lois modernes? Nous avons longuement démontré, par une série d'exemples empruntés à toutes les parties du droit, que la loi, aujourd'hui comme autrefois, n'était, dans sa fonction essentielle, qu'une manière de rédiger la coutume : les assemblées politiques ont l'initiative des lois, mais il est certain qu'elles ont jusqu'ici laissé à la jurisprudence et aux mœurs l'initiative du droit.

Comment, d'ailleurs, pourraient-elles agir différemment? On ne peut demander au législateur de résoudre un problème juridique avant qu'il ne se pose, d'une manière nette et pressante, sous la forme d'une question d'intérêt collectif. Or la vie juridique, pour réaliser grossièrement ses exigences, n'attend pas la permission expresse du législateur et lorsque celui-ci se trouve prêt à mettre une loi sur le chântier, il arrive souvent qu'elle soit, avant lui et sans lui, presque à moitié faite. Le vote d'un texte législatif s'impose, en quelque sorte, au moment précis où le mouvement des usages ou des jugements prenant une direction ferme, un sens précis et certain, va la rendre à peu près inutile.

M. Gabriel Tarde, qui a émis en ordre dispersé

tant d'idées pénétrantes sur l'évolution juridique, a justement observé qu'un principe ou une procédure, si incommodes ou surannés soient-ils, attendent pour disparaître qu'un principe nouveau ait trouvé sa formule, qu'une procédure nouvelle ait pris consistance.

Sans doute le législateur a le ferme propos d'innover, et, par chacune de ses lois, il croit le plus souvent faire office de créateur. Mais, à y regarder de plus près, on s'aperçoit que la machine à faire les lois tourne à vide et ne produit rien, lorsqu'elle n'a pas à moudre le bon grain des idées toutes faites et des usages reçus, lorsqu'elle n'a pas tout au moins à pétrir la matière première d'une conception vigoureusement enracinée dans l'esprit public ou d'une institution largement ébauchée dans la pratique.

« L'État peut tout, puisqu'il fait les lois », a dit l'économiste Schmoller. Mais il ne fait pas les lois comme il veut et même s'il légifère pour le plus lointain avenir, il est bien obligé de légiférer sur les données du passé, données morales ou données statistiques.

Il faut ajouter que le législateur n'apporte pas à l'examen des questions neuves un esprit absolument libre, car il est toujours, en quelque mesure, prisonnier des lois antérieurement promulguées. On juge volontiers, observait M. de Tocque-

ville, les sociétés qui naissent avec les idées de celles qui ne sont plus; le législateur n'échappe pas à cette règle, et, ainsi que l'a écrit Simmel, « le droit, tant par sa cohésion interne que par le prestige de ceux qui l'appliquent... s'arroge à lui-même je ne sais quel droit à rester tel quel envers et contre tout... ». La promulgation d'un code porte à son plus haut degré cette paralysie temporaire de l'évolution juridique par la loi; ni le législateur, épuisé par un grand effort, ni les juristes, occupés à l'exégèse laborieuse des textes nouveaux, ne songent à exercer sur l'œuvre à peine achevée une critique attentive. C'est ainsi qu'ils laissent se créer le désaccord de la vie juridique et du droit écrit.

En un mot, le législateur, en dehors de périodes toujours brèves de crise politique et sociale, est naturellement conservateur comme il est naturellement dogmatique.

§ II

LA PUISSANCE RÉVOLUTIONNAIRE DE L'INVENTION ET LA LIGNE BRISÉE DE L'ÉVOLUTION.

« L'avenir juridique sera ce que le feront les inventions à naître... »
G. TARDE.

L'évolution ne consiste pas dans le déroulement ininterrompu et rectiligne de transformations l'une

de l'autre issues par la vertu cachée d'un principe interne; les législations n'évoluent pas pour évoluer, elles évoluent pour s'adapter, et leur progrès résulte d'une pression *extérieure*, du choc inattendu d'une invention venant à se produire dans l'ordre matériel, intellectuel ou moral.

Une invention, c'est l'imprévu et l'imprévisible, on ne pouvait donc pas lui réserver d'avance sa place dans la législation et c'est pourquoi, même lorsqu'elle doit devenir un facteur de progrès social, elle commence par être une cause de désordre juridique.

Il en est des exemples amusants. On a pu se demander en France si c'était bien un « vol » au sens exact du Code pénal que de soustraire de l'électricité, soit par une dérivation habile, soit par le remplacement clandestin sur le fil conducteur d'une lampe faible par une lampe plus forte; en Allemagne, il a fallu une loi spéciale pour faire tomber sous le coup de la répression pénale, les voleurs d'électricité! En Italie, il y a eu controverse sur le point de savoir quelle était la nature juridique du contrat d'abonnement électrique : « louage de choses », a dit la Cour de Rome le 12 août 1899, « louage de services », a-t-elle pensé le 22 août de la même année. En France, tout un mouvement très curieux de la jurisprudence administrative a été déterminé par la nécessité de

concilier les droits des Compagnies gazières, invoquant leur monopole et les intérêts des villes, désireuses de substituer ou d'associer l'éclairage électrique à l'éclairage par le gaz.

Comme il y a un problème juridique de l'électricité, il y a déjà un problème juridique de l'automobilisme. Un piéton, renversé par une voiture automobile, survenant à l'improviste, n'a que des chances assez faibles d'obtenir une indemnité, car il a, d'après le droit commun, la charge pratiquement très lourde de prouver la faute du conducteur. Le droit *commun*, dans ce cas *spécial*, ne cesse-t-il pas d'être équitable? Ne serait-il pas désirable de déplacer en l'espèce le fardeau de la preuve, sinon d'étendre à la victime la théorie moderne du « risque professionnel » dont bénéficie à l'égard de son patron l'ouvrier victime d'un accident du travail? La question est au moins discutable.

L'utilisation industrielle des forces hydrauliques a fait naître le problème juridique de la « houille blanche » : comment refuser à l'initiative des usiniers les moyens juridiques de vaincre la mauvaise volonté des riverains, usant de leurs droits légaux pour faire obstacle, sans profit pour eux-mêmes, au développement de l'outillage national?

Demain, il y aura un problème juridique du radium, de la télégraphie sans fil, des ballons dirigeables, etc...

Auguste Comte et Karl Marx ont très bien vu et fortement exprimé que l'industrie a une influence révolutionnaire parce qu'elle ne considère aucun procédé comme parfait, aucune organisation comme définitive.

La civilisation moderne n'est-elle pas sortie, pour ainsi parler, de la marmite de Papin? Le dernier né de nos codes, le Code du Travail, est là pour nous démontrer que le droit de la société contemporaine est pour une large part le droit de la machine à vapeur.

Dans l'ordre international, l'échange des produits a précédé l'échange des idées, et si le cercle de la fraternité humaine semble s'élargir, c'est peut-être bien parce que le monde diminue par le progrès incessant des communications terrestres ou maritimes. L'âme de l'homme a l'air de changer parce qu'elle reflète un milieu différent.

C'est ainsi que le savant, sans qu'il s'en doute, est quelque peu législateur car, beaucoup plus que le juriste par ses raisonnements, il prépare par ses découvertes le droit de demain.

En dehors du domaine proprement scientifique, l'esprit d'invention se donne carrière avec autant de liberté et autant de succès : il inaugure de nouvelles manières de posséder, comme l' « action » des sociétés commerciales, de s'engager, comme les promesses faites par voie d'annonces ou de

de s'associer, comme la « mutualité »
pération », de rémunérer le travail
participation aux bénéfices »...
udrait citer toutes les institutions qui
droit contemporain sa physionomie
r aucune d'elles n'a été pour la pre-
onçue, voulue par le législateur ; elles
lans une intelligence individuelle et se
ées par la force de l'exemple.
ai que l'évolution sociale soit faite des
ions apportées par l'invention au milieu
, intellectuel ou moral, on conçoit faci-
incertitude des prévisions historiques
quent la vanité des anticipations légis-

st pas maître du progrès juridique,
n'a pas le monopole de l'esprit d'in-
même il en est doué à quelque degré ;
ui reste inconnu parce que l'évolution
e courbe régulière dont il serait pos-
facile, d'imaginer par un seul tronçon
nplète, mais une ligne brisée dont la
riable obéit à des lois encore mysté-

ns montré au cours de cet ouvrage
eaucoup de règles du Code civil se sont
rouvées étrangères à la réalité : phéno-
ment normal ! Les rédacteurs du Code

civil ont été, d'un avis général, d'excellents observateurs des mœurs de leur temps, mais pouvaient-ils être aussi bons prophètes?

Le tour du monde social est fait, et il ne reste rien à découvrir, écrivait M. de Bonald, en 1802, dans sa *Législation primitive*. En vérité, la sociologie est le couronnement de toutes les sciences, et aucune science n'est achevée.

§ III

LES SURVIVANCES LÉGISLATIVES.

La loi marque un arrêt du droit; or, s'il s'arrête, il est nécessairement dépassé, car pendant que le législateur se repose sur un Code, la société ne cesse d'être en travail.

De là, dans les textes juridiques, tant d'anachronismes flagrants. On pourrait dire que les effets législatifs survivent aux causes sociales : c'est le second aspect du retard des lois sur les faits.

Les survivances législatives, ou coutumières, n'ont pas d'inconvénients graves, lorsqu'elles ont perdu toute portée réelle, pour ne conserver qu'une valeur purement symbolique. Peu importe, comme il arrive encore chez un certain nombre de peuples peu civilisés, que la cérémonie du mariage continue

à simuler un rapt, ou un achat, si le mariage est devenu consensuel : en est-il en effet moins consensuel? Un anachronisme en quelque sorte protocolaire peut être ridicule, il n'est pas nuisible.

Nous avons même vu quel parti excellent les Anglais ont su tirer de la méthode, ou plus exactement de l'instinct qui leur a fait si souvent dénaturer le fond, en maintenant religieusement la forme. C'est une manière de ne pas heurter de front les sentiments publics, qui changent moins vite que les idées et les besoins : il est des idées mortes qui continuent à vivre comme sentiments. La crainte des réformes est souvent la peur des mots plus que des choses.

Mais lorsque la loi, dans un milieu transformé, continue à être intégralement appliquée, elle devient promptement dangereuse — ou absurde.

Un juriste distingué, M. A. Girault, s'étonnait justement, en 1906, de voir fonctionner encore, malgré la surproduction du vin, la loi de 1887, qui tendait à exonérer temporairement de l'impôt foncier les terrains replantés, ou *nouvellement plantés* en vigne, dans les arrondissements ravagés par le phylloxéra. Petite prime fiscale au développement de la crise viticole!

« Quand le législateur songe au présent, il ne devrait pas bâtir pour l'éternité. Il y a dans notre législation quelques exemples de lois temporaires,

tel est le cas des lois relatives aux primes à la marine marchande, ou aux pouvoirs des administrateurs des communes mixtes d'Algérie. Il est regrettable que ces exemples ne soient pas plus nombreux. Cela dispenserait de voter une loi nouvelle pour abroger une loi ancienne, *qui n'a plus de raison d'être, chose à laquelle le plus souvent on ne pense pas.* »

Depuis cinquante ans, la plupart des sociétés européennes se sont renouvelées, sinon dans leur mentalité, du moins dans leur structure économique, et cependant leurs lois sont, dans l'ensemble, plus que séculaires. Il en est ainsi de la législation française, quoique très moderne sur quelques points. Il est d'une évidence indéniable que le Parlement, s'il avait le loisir de soumettre à une revision générale et approfondie les textes antérieurs, n'accepterait pas beaucoup de leurs articles comme l'expression d'une vérité juridique adéquate à l'état social actuel. Il faut même noter qu'un grand nombre de dispositions sont empruntées, dans nos Codes, au droit romain, aux coutumes de l'ancien régime ou aux ordonnances royales.

Notre organisation administrative, créée en l'an VIII pour assurer la prééminence absolue et unitaire du pouvoir exécutif, est, sous le régime démocratique et parlementaire, une survivance du

Césarisme. Nous renvoyons sur ce point le lecteur à notre *Étude juridique de l'Arbitraire administratif*, dans laquelle nous avons essayé de passer en revue tous les cas où l'autorité gouvernementale n'est pas tenue sous des sanctions efficaces de respecter les droits individuels et la légalité.

Notre législation n'a pas tenu compte du progrès des moyens de communication : nous avons encore la procédure civile du temps des diligences, et il en résulte aujourd'hui, sans aucun motif, des retards préjudiciables aux plaideurs à raison des délais de citation, d'assignation et de distance fixés par un législateur qui ne pouvait prévoir les trains express ni les paquebots à marche rapide.

Les courants de l'activité sociale se sont déplacés et cependant, ni l'étendue, ni la consistance de nos ressorts administratifs et judiciaires n'ont été modifiés. La fixité des textes a empêché l'adaptation des organes aux exigences nouvelles des fonctions. La vie commerciale et intellectuelle donne à Marseille le rayonnement d'une capitale : les Facultés restent à Aix.

« Sans le droit féodal, a dit Tarde, bien qu'il ait péri depuis des siècles, je défie un juriste d'expliquer la fameuse distinction du possessoire et du pétitoire. »

Sans des circonstances historiques, aujourd'hui disparues, que de textes ne pourraient être compris !

Ils existent, parce qu'ils ont existé, et l'inertie législative justifie seule leur maintien.

En cas de « fait nouveau », le législateur a le devoir de reviser les lois, comme le juge revise ses arrêts : on ne saurait de lui exiger rien de plus, mais c'est déjà beaucoup exiger.

Le droit, comme l'a dit Tarde d'une manière saisissante, c'est la conclusion d'un immense syllogisme pratique, dont la majeure est fournie par les désirs, les besoins, les appétits de la société, et la mineure par ses croyances, ses idées et ses connaissances : toute modification dans l'état des désirs ou des croyances a nécessairement son contre-coup juridique, suivant l'intensité de la secousse régénératrice.

Légiférer, c'est donc tisser sans fin la toile de Pénélope : et c'est déjà, pour le législateur, avant d'organiser le droit de l'avenir, une tâche écrasante de tenir le droit d'hier au courant de la société présente.

CHAPITRE VI

La mort naturelle des lois : la désuétude.

1. Existence purement théorique des textes atteints par la désuétude. — 2. La prescription de fait des lois inappliquées. — 3. Système français et pratique anglaise. Répugnance de l'esprit français à donner des conséquences juridiques à un fait naturel.

> « L'essence du droit est la réalisation pratique. Une règle de droit qui n'a jamais été réalisée ou qui a cessé de l'être ne mérite plus ce nom. C'est un rouage inerte dans le mécanisme du droit. »
>
> IHERING.

On ne saurait sans étonnement considérer le vaste cimetière des lois abrogées : les Parlements contemporains consacrent la meilleure part de leur effort législatif à défaire l'œuvre des assemblées antérieures.

Mais dans ce travail nécessaire d'élimination, l'action du législateur est généralement prévenue par l'action du temps : il est des textes que l'on abroge un peu comme on achève un blessé sur le champ de bataille.

La désuétude ne peut-elle constituer à elle seule un mode d'abrogation des lois ?

Donner à ce fait naturel une valeur juridique, ne serait-ce pas, sur un point essentiel, amener le rapprochement si désirable de la vie et du droit?

1. — En 1841, la Cour de Cassation décida que les actes authentiques, reçus par un seul notaire, étaient entachés de nullité. C'était soudain faire chanceler sur leur base juridique toutes les fortunes de France, car la disposition de la loi du 25 Ventôse an XI, exigeant la présence d'un second notaire, était de longtemps tombée en désuétude.

Comment résoudre ce conflit de la légalité et de l'intérêt public ?

Une loi vint déclarer en 1843, par une prétendue interprétation, naturellement rétroactive, de la loi de l'an XI que les actes reçus par un seul notaire devaient être considérés comme valables. C'était par une fiction grossièrement visible réparer le mal causé par l'interprétation trop exacte de la Cour de Cassation.

Une loi longtemps absente de la vie juridique ne peut y rentrer sans trouble. Elle ressemble à ce mari d'un roman populaire qui, revenant d'un lointain et dangereux voyage, trouve sa femme heureuse, et remariée : il ne lui reste qu'à s'en aller....

Un plaideur s'est un jour avisé de soutenir que tous les pharmaciens de France devaient être poursuivis pour exercice illégal de la pharmacie, parce qu'ils n'avaient pas prêté le serment prévu par la loi du 21 Germinal an XI dans un article bien oublié.... Les juges lui ont donné tort au nom du bon sens, mais, à notre avis, il avait tout de même raison, au point de vue de la loi.

Beaucoup de textes, devenus des anachronismes, n'ont heureusement conservé qu'une ombre d'existence, une survie purement théorique....

Devant une croisade médicale, on a cessé d'appliquer l'article du Code civil qui prescrivait d'apporter le nouveau-né dans les trois jours à l'officier de l'état civil ; l'autorité administrative, se rendant compte, elle-même, du caractère exorbitant de son droit légal, a renoncé à interdire aux citoyens français de voyager en France sans un « passeport à l'intérieur », discrétionnairement accordé ou refusé ; il n'est plus de pères qui demandent à l'État, suivant les termes de la loi, d'entretenir à ses frais un de leurs sept enfants ; personne assurément n'a vu à la porte de la maison commune l'officier de l'état civil publier les mariages au son du tambour ; et la désuétude avait depuis longtemps atteint cette disposition réglementaire, récemment abrogée, en vertu de laquelle les logeurs de Paris étaient tenus d'exiger de chaque couple

en quête d'une chambre la présentation de son acte de mariage.

De temps en temps, on s'aperçoit ainsi que telle ou telle de nos lois est en quelque manière sortie de la « circulation » juridique : la loi de 1851 sur le contrat d'apprentissage, longuement commentée dans les traités de droit, n'est-elle pas également inconnue des pères et des patrons ?

Plus abondants et plus variables que les lois, les règlements sont plus vite oubliés.

On pourrait mettre au défi, dit M. Planiol, dans son « Traité de droit civil », l'administration municipale de n'importe quelle grande ville de faire observer tous les arrêtés qui n'ont pas été rapportés. Il en est d'innombrables qui dorment dans les archives.

Ressusciter par un coup de baguette toutes les vieilles lois dans l'Etat, tous les vieux règlements dans la commune, ce serait tout simplement une sorte de révolution.

2. — En 1894, le gouvernement français, s'appuyant sur le vote d'une commission sénatoriale, envoya des instructions aux inspecteurs du travail pour leur recommander de ne pas tenir la main strictement à l'application de la loi sur le travail des femmes et des enfants, en ce qui concerne la durée du travail. Et le ministre du Commerce fit

insérer en 1899 au *Journal officiel* un avis annonçant aux intéressés que la loi de *1892* serait appliquée... à partir du 1er Janvier *1900* ! Transition doucement ménagée.

Eh bien, ce retour à la correction constitutionnelle souleva des protestations : les industriels invoquèrent des « droits acquis ».

D'où résultaient à leurs yeux ces « droits acquis » ? De l'inobservation prolongée de la loi.

Tant il est vrai que dans l'esprit public une illégalité qui dure finit par prendre un aspect de régularité : « La sécurité de la jouissance » suivant le mot du jurisconsulte philosophe Ihering, est un élément du droit, et c'est la compromettre que de faire renaître une loi désuéte.

C'est précisément le danger de l'inaction gouvernementale qu'elle crée un droit contre le droit : est-ce que les syndicats professionnels, par exemple, ne sont pas fondés à tenir pour abrogée par l'usage continu la loi de 1884, en tant qu'elle ne les autorise pas à accepter pour membres les « anciens » ouvriers ?

« Les recueils de lois sont des arsenaux, un article de loi n'est qu'une arme de guerre.... » (1).

Pourquoi laisser imprudemment à l'autorité gouvernementale des armes dont elle peut inopinément se servir, et que le législateur lui refuserait

1. G. Tarde.

aujourd'hui s'il lui prenait fantaisie de les lui demander ?

La prescription de trente ou de dix ans libère le débiteur qui n'a pas payé sa dette, fait acquérir à une personne la propriété d'un bien qui ne lui appartient pas, assure l'impunité au crime le plus atroce : elle ne suffit pas à priver juridiquement d'un pouvoir exorbitant l'autorité administrative.

En France, la question a été maintes fois jugée.

Le gouvernement a cependant le sentiment très net de l'affaiblissement des lois par le non-usage. Il se rappelle la parole de Montesquieu : « Les lois humaines tirent avantage de leur nouveauté qui annonce une intention particulière et actuelle du législateur pour les faire observer.... ». Et c'est pourquoi, reprenant il y a quelques années la lutte contre les congrégations, abandonnée sous les régimes précédents, il a obtenu du Parlement une loi nouvelle confirmant les pouvoirs qu'ils tenaient de textes antérieurs, remontant au Premier Empire ou à la Révolution française.

3.— L'attitude du législateur français à l'égard de cette question de la « désuétude » est caractéristique : c'est un silence dont on peut trouver la raison dans le *Discours préliminaire* à notre Code civil. « Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude, c'est qu'il

eut été dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélibéré, de cette puissance invisible par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même. »

En termes plus simples : oui, il est vrai que la désuétude tue les lois, mais il est préférable de ne pas le dire. Car ce serait faire tomber l'illusion des citoyens que de reconnaître dans un seul cas la valeur juridique d'un fait naturel.

Les Anglais, qui comprennent mieux que nous l'« action du temps », en acceptent avec plus de franchise les résultats positifs, ou négatifs. Au milieu du XVIIe. siècle le clergé anglais, ayant le privilège de se taxer lui-même, n'avait pas le droit de vote dans les élections à la Chambre des communes. Aujourd'hui la situation est exactement inverse. Comment le clergé a-t-il perdu son privilège en matière de taxation ? Par la désuétude. Comment a-t-il acquis son droit électoral ? Par la prescription. M. Boutmy, auquel nous empruntons cet exemple, n'a-t-il pas raison d'ajouter : « Il y a là de quoi faire frémir tout ce qu'il y a en nous de cet esprit passionnément explicite qui est comme l'instinct législatif de la France ».

Notez que la désuétude n'a pas en Angleterre

un effet définitif, mais notez aussi que les Anglais, s'ils exhument une coutume ou un texte fossiles, le font avec une sorte de répugnance, et pour obéir à un besoin pressant.

C'est une erreur de croire qu'une loi endormie pendant des années peut se réveiller un jour vivante et sans rides, comme la Belle au Bois dormant.

Certes, on comprend que dans un pays de droit écrit et surtout en France, la désuétude ne soit pas facilement reconnue comme mode d'abrogation des lois. Mais enfin, lorsque la désuétude est un fait acquis, à quoi bon nier ce fait ?

Il appartenait au législateur ou de prévenir la désuétude, en abrogeant le texte avant elle, ou d'interrompre la prescription, en tenant la main à son application rigoureuse. A-t-il laissé l'illégalité acquérir en persistant la stabilité d'un intérêt légitime, il n'est d'autre coupable que lui-même.

Or, il n'est pas équitable de punir les particuliers de la faute du législateur.

C'est la conséquence à laquelle on arrive généralement avec une conception trop rigide de la légalité.

CHAPITRE VII

L'ignorance des Lois.

§ I. De la maxime : « nul n'est censé ignorer la loi ».— 1. La vie quotidienne et les textes législatifs. — 2. Les lois excellentes : celles qu'on observe sans les connaître.

§ II. L'organisation de la réclame législative : bienfaits et méfaits de l'ignorance des lois. — 1. Les fissures des textes et la malhonnêteté publique. — 2. Accroissement du rendement social des lois par leur vulgarisation.

§ I

DE LA MAXIME : « NUL N'EST CENSÉ IGNORER LA LOI ».

Il est un certain nombre de lois que le citoyen méconnaît de la meilleure foi du monde, simplement parce qu'il ne les connaît pas : l'intervention imprévue de l'autorité publique vient parfois lui en révéler, avec la soudaineté d'un accident, l'existence et la sanction.

Vous vous rendez chez le commissaire de police pour déposer une plainte en vol contre une gouvernante anglaise ou allemande : le commissaire vous apprend, en vous dressant contravention, qu'il

existe une loi imposant à tout étranger employé en France, ou à son patron, une déclaration de résidence...

1. — D'une manière générale, la vie quotidienne se déroule en dehors des textes législatifs : la loi courante des rapports sociaux, c'est la confiance mutuelle, et on n'y voit guère intervenir le souci de la stricte légalité, en tant qu'elle dépasse les exigences moyennes de la moralité publique.

Tout se passe, en un mot, comme s'il n'y avait pas de lois.

C'est même un fait caractéristique que les transactions les plus fréquentes, les plus banales aient échappé à la réglementation précise et directe du législateur.

La ménagère qui commande un pain au boulanger pour la table conjugale ne se doute pas de l'équivoque juridique soulevée dans le silence des textes par cet acte en apparence si simple ! Est-elle « mandataire » de son mari ? Dans cette hypothèse, elle l'engage à l'égard du commerçant, mais ne s'engage pas elle-même : telle est l'opinion généralement admise. Ne serait-il pas cependant plus conforme à la réalité des choses de supposer que la femme, tacitement autorisée à devenir l'économe de l'association conjugale, s'engage, en même temps que son mari, au paiement de dépenses communes ?

La controverse n'est pas close entre les auteurs. Mais quelle ménagère s'en préoccupe ?

Les objets mobiliers s'achètent souvent aujourd'hui sur des offres faites par voie d'annonces ou de catalogues. Quelle est la nature juridique de cette opération ? L'auteur des offres, dès réception par le client, se trouve-t-il lié d'emblée par un acte de volonté unilatérale ? Ou bien, d'après la théorie romaine des obligations, le lien juridique ne peut-il se former avant l'acceptation du client ? Et par conséquent jusque-là l'offre ne peut-elle être retirée ? Ce qui est certain, c'est que la loi ne dit rien.

Le Code civil a édicté une série de formalités concernant la preuve des obligations conventionnelles, mais le contrat de tous les jours, ce n'est pas l'acte sous-seings privés, signé des deux parties, c'est le billet de chemin de fer, c'est le numéro de fauteuil d'orchestre, c'est le jeton d'ordre que l'on vous donne dans une banque après remise d'un chèque, pour aller toucher à un autre guichet la somme indiquée, etc., etc.

Qui songe à faire enregistrer une quittance ? C'est une nécessité pratique de reconnaître aux quittances non enregistrées une date certaine. Mais il n'est pas sûr que cette dérogation au droit commun soit rigoureusement légale.

2. — Pour Code, les abeilles ont des instincts ;

mais l'homme dans la cité humaine ne ressemble pas encore à l'abeille dans la ruche: il est obligé d'apprendre ses lois pour les connaître...

Les lois modernes sont trop nombreuses, trop complexes, trop variables pour être bien comprises et facilement retenues. C'est la « confusion organisée », dont parlait Spencer.

Un professeur à la Faculté de droit de Paris n'hésitait pas définir la loi du 27 février 1880 sur la protection des valeurs mobilières appartenant à des mineurs un « casse-tête chinois », destiné à aller « grossir l'énorme stock des dispositions légales qu'on n'applique pas, parce que personne ne les connaît ». Si cette loi est un casse-tête pour les juristes, est-il beaucoup de lois qui ne soient des « casse-tête chinois » pour les justiciables.

Et nous ne parlons pas du style barbare des actes de procédure dont le sens vrai n'apparaît pas toujours au plus savant des juristes, s'il n'a pas été personnellement initié aux mystères de la pratique. Or la procédure, c'est le moyen de mettre la loi en action.

Non! Le recueil des lois n'est pas, comme le voulait Bentham, le « livre familier », le « catéchisme » du citoyen. Si, malgré les mille irrégularités qui se commettent chaque jour, la société dans son ensemble paraît se mouvoir dans le cercle de la légalité, c'est surtout parce que les prescrip-

tions des textes coïncident *en gros* avec les exigences des mœurs; mais alors le citoyen observe les lois sans les connaître.

§ II

L'ORGANISATION DE LA RÉCLAME LÉGISLATIVE; BIENFAITS ET MÉFAITS DE L'IGNORANCE DES LOIS.

1. — Ce n'est pas tout à fait un paradoxe de soutenir que l'ignorance des lois a des effets bienfaisants.

La vie sociale serait d'une effroyable complication si le citoyen, connaissant toutes les lois, s'appliquait avec une sorte de dévotion ou de fanatisme à en observer toutes les prescriptions, à en faire respecter toutes les formalités. Le nombre des procès, relativement petit par rapport au nombre immense des transactions, deviendrait rapidement énorme. La bonne foi est l'huile invisible qui adoucit le fonctionnement des rouages juridiques. Comparez socialement l'homme qui sait vivre à l'amiable à celui qui marche dans la vie le Code à la main.

Un jour, une voiture automobile, pénétrant avec une vitesse excessive dans le parc de Versailles, y causa quelque dégât. Menacé d'un procès-verbal, le propriétaire, un conseiller d'Etat, dit la légende, fit observer justement que le règlement affiché

dans ce parc national était signé du ministre des Travaux publics, qui précisément n'a pas le pouvoir réglementaire; ce texte illégal ne pouvait donc servir de base à une répression pénale...

Les malhonnêtes gens font de leurs notions juridiques un usage moins innocent et moins spirituel. Ils savent vivre en marge du Code et, lorsqu'ils sont l'objet d'une information criminelle, ils usent de toutes les ressources de la procédure pour en retarder l'issue.

Sait-on qu'un domestique chargé par son maître d'aller jeter des lettres à la poste peut, en France, librement s'en emparer, sans s'exposer à une sanction pénale? Car cet acte répréhensible n'est pas, chose extraordinaire, un acte délictueux! Ce n'est pas un « vol », puisque le domestique n'a pas « frauduleusement soustrait » les lettres : il les a reçues des propres mains de son maître; d'autre part, ce n'est pas un « abus de confiance », car une lettre missive contient rarement « obligation ou décharge », suivant les expressions du Code pénal, et si elle renfermait une quittance ou un mandat-poste, ce serait au plaignant d'en faire la preuve. Il est ainsi dans toute législation pénale un certain nombre de mailles brisées. On cite, en Angleterre, une anecdote symbolique : celle de l'homme ayant volé « deux moutons » et qui fut acquitté parce que le vol d'« un mouton » était seul punissable.

Le principe d'après lequel la loi pénale s'interprète d'une manière restrictive fait à la fois la sécurité de l'honnête homme et celle du coquin ; il protège l'un contre l'arbitraire possible du juge, mais il lui arrive de soustraire l'autre à la sévérité des lois.

2. — Est-ce à dire qu'il soit sage de maintenir la masse dans l'ignorance des lois ?

D'abord, ce serait lui refuser les moyens de faire respecter les mesures qui lui sont profitables, sans empêcher la classe socialement dominante, ni l'aristocratie de la criminalité d'user contre elle des prescriptions ou des lacunes de la légalité.

Aux Portalis, aux Boissy d'Anglas, aux Boulay de la Meurthe, il ne paraissait pas très nécessaire de donner au peuple la connaissance des lois ; il suffisait à leurs yeux de laisser la portion instruite de la nation la propager au fur et à mesure de ses propres besoins. Cette conception oligarchique de la légalité ne convient pas à un pays de suffrage universel ; là, au moins, la nation a le droit de connaître ses lois, puisqu'on les a faites en son nom.

Mais surtout, pour qu'une loi nouvelle devienne un élément de l'activité sociale, il faut qu'elle soit un élément de la pensée publique, une idée-force juridique. Dès qu'elle est autre chose qu'une

traduction des coutumes préexistantes, la loi a besoin d'être enseignée, comme une langue étrangère, d'être prêchée, comme une religion.

Mais comment organiser cet enseignement, cette prédication et pour ainsi dire cette réclame législative? Le style des lois est-il assez clair, assez populaire pour être accessible à l'ensemble de la nation? Ami des formules précises, Stendhal lisait le Code civil; le législateur contemporain aurait profit à lire Stendhal.

« Il faut, dans les lois, une certaine candeur », car elles sont faites pour des « gens de médiocre entendement » et doivent être comprises « par la raison simple d'un père de famille ». Montesquieu l'a dit, et bien dit.

Vulgariser les lois, c'est accroître leur rendement social, mais cette vulgarisation ne peut avoir d'effets durables et profonds qu'à l'égard des lois réellement utiles; car une nation n'apprend pas les lois pour les apprendre, mais pour s'en servir. C'est pourquoi, avant de voter une loi, il convient d'examiner si la nation en ressent le besoin, et si elle ne l'a pas, le lui donner. Sinon la loi est une parole lointaine dont l'écho affaibli et déformé n'émeut pas les volontés individuelles; elle ne s'incorpore pas au vrai droit, qui est le *droit de l'action.*

CHAPITRE VIII

La Conquête du Pouvoir politique et la Méthode révolutionnaire.

1. La Révolution française de 1789 a-t-elle été sociale ? — 2. Une révolution politique : la révolution de 1830. Une révolution sociale : la révolution de 1848. Législation grandiloquente et inappliquée de la seconde République. 3. L'action législative, couronnement de l'action sociale.

On se demande ce qu'il y a de plus remarquable dans les révolutions : l'intensité du bouleversement législatif, ou la médiocrité des transformations sociales.

C'est à peine, en effet, si la permanence des mœurs et la continuité de leur évolution se trouvent affectées par l'amplitude de l'oscillation imprimée à tout l'appareil gouvernemental et juridique; la révolution terminée, on s'aperçoit qu'elle a été surtout une grande émotion publique.

Il est vrai que, dans l'histoire, les transformations sociales prennent la date, en quelque sorte symbolique, des révolutions politiques. Car rien

ne ressemble plus à une société nouvelle, surgissant de toutes pièces, par l'action soudaine des lois, qu'une société préexistante faisant brusquement et violemment tomber en poussière les derniers liens politiques et juridiques du passé, pour traduire librement ses besoins et ses aspirations au grand jour d'une légalité entièrement refondue, sous un gouvernement renouvelé.

Mais il est certain que les révolutions, en apparence les plus profondes, se passent en quelque manière à la surface de la société.

S'il y a eu beaucoup de révolutions politiques, ne serait-on pas fort en peine de citer une seule révolution à proprement parler *sociale?*

1. — Les philosophes et les économistes du XVIIIe siècle avaient au plus haut degré le double culte de la Raison et de la Loi : c'étaient chez eux des idées maîtresses, presque des idées obsédantes.

Les partisans les plus déterminés du laissez-faire et du laissez-passer faisaient eux-mêmes appel au « despotisme légal » pour établir dans la société l' « ordre naturel et essentiel » dont ils croyaient, de bonne foi, avoir découvert le secret. C'est ainsi que l'individualisme a commencé en France, par l'apologie du pouvoir absolu.

Chez les encyclopédistes comme chez les physio-

crates, chez Rousseau comme chez Voltaire, chez d'Holbach comme chez Turgot, on retrouve la même croyance aux bienfaits de la législation. « Suivant eux, a écrit H. Michel dans son livre sur l'*Idée de l'État*, la législation est capable de tout transformer, l'habitat humain et le cœur humain. Bossuet faisait descendre la loi du ciel sur la terre. Les théoriciens du despotisme éclairé en laïcisent, si j'ose dire, l'origine. La raison, pour eux, remplace le ciel. A cela près, c'est la même confiance dans l'efficacité souveraine du texte écrit. »

Lorsque le progrès social se présente sous l'aspect d'une opération logique, dont tous les termes sont d'avance connus, il est naturel que la loi en apparaisse comme l'instrument prédestiné, car elle semble supprimer tout intervalle entre la pensée et l'action.

Si la loi est toute-puissante, concevoir, n'est-ce pas créer?

Par ses antécédants philosophiques, la Révolution française devait donc être, et elle a été, en effet, dans l'esprit des assemblées, la tentative d'une refonte générale de la société par la loi.

Mais il est établi, par son bilan final, qu'elle a constitué simplement une libération de la société à l'égard d'un système de droits et d'obligations issu d'un état social qui avait depuis longtemps perdu toute raison de se survivre. Les institutions

de l'Ancien régime, on ne le conteste plus guère aujourd'hui, étaient à la veille de la Révolution, suivant une image de M. Boutmy, comme de vieux rameaux se maintenant à peine par l'écorce. Elles ne pouvaient résister à la secousse révolutionnaire.

Au point de vue économique, la Révolution a été généralement définie comme un gigantesque déplacement de la propriété. La formule est exacte, si l'on entend par là un déplacement juridique plutôt qu'un déplacement matériel, car la mainmise sociale du Tiers-Etat sur les sources de la richesse publique avait de beaucoup précédé sa prise de possession légale.

Quel est, au point de vue de l'intérêt général, le fondement de la propriété? L'utilité sociale du propriétaire. Or, la féodalité n'avait plus dans la société, au déclin de l'Ancien régime, de fonction définie : entre les mains de l'aristocratie, le droit de propriété n'était plus qu'un droit *en l'air*, sans devoirs corrélatifs effectivement exercés. Les émigrés s'étonnaient, au témoignage des écrivains contemporains, de voir en leur absence continuer la vie sociale; ils ne s'étaient pas aperçu que leur classe, bien avant la Révolution, avait été doucement éliminée du courant de l'histoire. Où était l'activité publique? Chez le Tiers-Etat. En faisant tomber, au profit du Tiers-Etat, les liens féodaux,

les servitudes seigneuriales, la Révolution a consacré le droit là où était la fonction.

A en croire Le Play et son école, la législation successorale, issue de la Révolution française, aurait été, par la règle du partage égal entre les enfants, une machine à émietter le sol ; elle aurait ainsi créé en France la petite propriété. Mais la petite propriété existait en France avant la Révolution, et le partage égal était déjà, sous l'Ancien régime, la règle des successions roturières... Le père français qui hésite, par esprit d'égalité, à faire bénéficier un de ses fils de la quotité disponible, songerait-il à rétablir le droit d'aînesse s'il avait la pleine liberté de tester ?

« On a beaucoup trop dit qu'en morcelant les héritages, le Code civil avait ruiné en France la grande propriété, supprimé la hiérarchie, empêché le commandement social, *et fait que la France n'est pas devenue l'Angleterre.* » Boutade infiniment juste d'Albert Sorel, qui a écrit sur le Code civil des pages dignes d'un vrai juriste, parce qu'il était un véritable historien.

Dans un savant mémoire lu en 1870, pendant le siège de Paris, le jurisconsulte Valette a très bien montré la durée persistante de l'ensemble de notre droit civil pendant et après la Révolution de 1789. Or, le droit civil, c'est la loi de tous les jours, et lorsque la vie privée de chaque citoyen continue à

se dérouler suivant le rythme coutumier, il n'y a presque rien de changé dans les couches profondes de la société.

Sans doute la Révolution française n'a pas seulement tracé, dans une série de lois inappliquées, comme les lois sur l'enseignement ou l'assistance, de belles visions d'avenir, elle a innové; mais dans l'ordre social elle a innové, en brisant des contraintes artificielles : privilèges corporatifs arrêtant l'essor du commerce et de l'industrie, douanes intérieures s'opposant au rayonnement des transactions.

En un mot, si la Révolution de 1789 a transformé l'Etat et la loi, on peut dire qu'*elle a simplement rendu la société à elle-même.*

2. — La Révolution de 1830 a été exclusivement politique : 76 nouveaux préfets sur 86, 196 nouveaux sous-préfets sur 272, manifestèrent clairement le changement de l'orientation gouvernementale.

La Révolution de 1848 a eu l'ambition d'être sociale : elle a inscrit sa volonté dans une série de textes grandiloquents, dont aucun n'a reçu une application complète, ni même un commencement d'application.

Dans un considérant lapidaire, placé en tête de l'un de ses décrets, le gouvernement provisoire de la République se déclarait « convaincu que la

grandeur d'âme est la suprême politique et que chaque révolution opérée par le peuple français doit au monde la consécration d'une vérité philosophique ».

Mais le gouvernement provisoire pouvait-il tenir son engagement formel de « garantir l'existence de l'ouvrier par le travail », et de « garantir du travail à tous les citoyens »?

Le gouvernement de la République décréta la substitution du travail à la tâche au travail à la journée, la suppression du marchandage, la réduction de la journée de travail, bien d'autres mesures encore d'une conception également simple et radicale. Ces décrets, suffisants pour instituer une société nouvelle, ont eu en réalité, sur le cours de l'évolution sociale, à peu près l'effet d'un discours de Lamartine...

Dans un récent ouvrage, on lisait : « Un décret ministériel, paru dans une gazette, a fait le Japon d'aujourd'hui... » Tous les décrets de 1848 n'ont pas changé la France et, s'ils ont alarmé les intérêts d'une bourgeoisie hostile aux revendications du travail, ils n'en ont pas un instant interrompu le règne.

3. — Il faut, pour que l'action législative soit féconde, qu'elle soit en quelque sorte portée par l'élan des volontés particulières, mais, si cet élan

existé, il se traduit de lui-même dans les faits, et la loi n'est plus qu'un couronnement, un achèvement.

Le législateur concoit volontiers la société comme un organisme dont il est l'intelligence. Mais il oublie qu'il y a, dans chaque cellule, un esprit, et une volonté.

La loi de 1884 a été qualifiée par ses ennemis de « Sedan industriel », et cependant les syndicats existaient avant elle... En 1883, il y avait en France 600 syndicats illégaux. En 1886, combien y avait-il de syndicats légaux? 280. Ce chiffre signifie, non que le nombre des syndicats a diminué de moitié après la loi de 1884, mais que le mouvement syndical, refusant de se soumettre aux prescriptions du texte nouveau, a préféré d'abord, pour garder son indépendance, se développer en marge de la légalité.

Le pouvoir politique tombe, comme un fruit mûr, entre les mains de ceux qui ont acquis la prépondérance sociale, mais il ne donne pas la force à qui ne la possède sans lui.

Une révolution qui prétend, par des moyens politiques et juridiques, réaliser des fins sociales, c'est simplement *une erreur de méthode.*

CHAPITRE IX

L'incidence des Lois.

§ I. L'incidence des lois en matière fiscale.
§ II. Le caractère général du phénomène de l'incidence. Exemples divers.

Il ne suffit pas que les prescriptions de la loi soient appliquées pour que le but visé par le législateur soit atteint.

En effet, l'application même des prescriptions légales a généralement, à côté des résultats immédiats, expressément escomptés, une série d'effets lointains et involontaires, qui tantôt les dépassent et tantôt les dénaturent : cédant sur un point à la pression de la volonté législative, la matière sociale réagit sur un autre, et si la loi est obéie dans son texte, elle est, sinon annulée, du moins transformée dans ses conséquences.

Une mesure législative, très restreinte en apparence, peut avoir des répercussions multiples sur l'ensemble de la société : c'est la pierre jetée à

l'eau et qui soulève autour d'elle une infinité d'ondulations concentriques.

Un éminent professeur à la Faculté de Droit de Paris, M. F. Girard, l'a spirituellement observé :

« C'est l'œuvre à la fois la plus attrayante et la plus difficile du jurisconsulte que de rechercher, au bout d'un certain temps, comment les textes se sont comportés, de rapprocher la pensée première du législateur et les effets produits, *le droit qu'il a voulu faire et celui qu'il a fait.* »

§ I

L'INCIDENCE DES LOIS EN MATIÈRE FISCALE.

Le danger de l'incidence en matière fiscale, c'est qu'il faut toujours la prévoir et qu'on ne peut jamais l'éviter.

Il y a un contribuable légal, qui vient apporter au guichet du percepteur le montant de l'impôt. Mais il n'est pas du tout certain que ce contribuable officiel directement frappé par la loi, n'ait pas trouvé le moyen de faire passer discrètement sur d'autres épaules, pour une partie, ou pour la totalité, le fardeau de l'impôt.

Or, il est bien évident que, pour connaître l'effet réel d'une loi fiscale, il est indispensable de

dépister en quelque sorte le contribuable invisible...

Seulement, même quand on est sûr de son existence, on ne peut arriver sans une peine infinie à déterminer son identité exacte : le contribuable *réel* est généralement insaisissable, et ce serait pour le fisc un vain effort que de vouloir rechercher son nom et son adresse. Suivant la remarque de M. Stourm; dont le nom fait autorité en matière financière, l'incidence effective de l'impôt est presque impossible à suivre dans la multiplicité de ses ricochets et l'on ne devine jamais que d'une manière confuse la personnalité de ceux dont le labeur obscur alimente en définitive les caisses de l'État. Le contribuable apparent est d'ailleurs le premier à croire qu'il supporte seul la charge des contributions et les privilégiés de la fortune, spécialement visés par la législation fiscale, ne se rendent pas compte que l'impôt dont ils se plaignent, n'est pas tout entier payé par eux.

Le fisc a une tendance toute naturelle à saisir l'argent où il est, sans se préoccuper de savoir d'où il vient. Lorsque la loi établissant un impôt sur le locataire oblige le propriétaire à en faire l'*avance*, elle obéit à cet esprit de fiscalité. N'est-il pas en effet extrêmement commode et extrêmement sûr pour l'Administration de poursuivre la perception de l'impôt à l'égard du propriétaire,

sauf à lui reconnaître expressément le droit de recourir contre le locataire ? Le propriétaire verse l'argent au Trésor, mais ce n'est pas à proprement parler un contribuable, c'est un collecteur d'impôt, une sorte de collaborateur forcé de l'administration fiscale. Voilà, très nettement, un cas d'incidence légalement organisé.

C'est en vertu de ce même principe, mais sans le dire, que le législateur s'adresse pour la perception de l'impôt à tous les individus chez lesquels vient se concentrer, à un moment donné, et d'une manière visible, l'ensemble du numéraire circulant dans la société : de même qu'il vise le propriétaire plutôt que le locataire, il frappe le commerçant plutôt que le consommateur, le patron plutôt que l'ouvrier, le banquier plutôt que ses clients. Mais personne n'oserait affirmer que le commerçant, le patron, le banquier, ne reportent aucune partie de l'impôt sur le consommateur, l'ouvrier, le client : il n'y a aucun risque à affirmer le contraire.

Beaucoup de contribuables se trouvent ainsi dans une mesure variable des collecteurs d'impôt, investis de la mission d'apporter à l'État *l'argent des autres*.

Au point de vue purement fiscal, c'est la méthode idéale, puisqu'elle assure le recouvrement des contributions de la manière la plus simple et

la plus rapide. Mais dès qu'il s'agit d'introduire la justice dans l'impôt, sinon de faire de l'impôt un agent de transformation sociale, la question de l'incidence prend un intérêt capital.

La science financière s'est toujours préoccupée, sans d'ailleurs y parvenir, de faire tenir dans une formule brève et précise ce phénomène complexe.

On ne croit plus, avec les physiocrates de notre XVIIIe siècle que le seul et véritable contribuable, soit la terre, car on s'est rendu compte de la productivité du travail humain. Mais on répète volontiers avec Ricardo que le seul contribuable c'est en définitive le consommateur. Qui ne connaît l'adage du bonhomme Franklin : tout commerçant porte sur sa facture le montant des taxes qu'il doit payer.

Il y a, dans cette théorie, une large part de vérité : le consommateur finit souvent par payer l'impôt.

Il n'est pas exact cependant qu'il le paye toujours. Lorsque les prix baissent, parce que la concurrence devient plus vive ou la clientèle plus rare, c'est le commerçant qui supporte à lui seul la charge fiscale... L'impôt retombe, au contraire, sur le consommateur, lorsque les prix augmentent... Suivant les fluctuations de l'offre et de la demande, le fardeau des contributions se déplace ainsi du commerçant au consommateur, du propriétaire

au locataire, du patron à l'ouvrier, et réciproquement.

L'impôt établi sur le revenu d'une terre, d'une maison équivaut à une expropriation du capital : le propriétaire, s'il veut vendre, doit tenir compte à l'acheteur de la diminution du revenu. Mais le propriétaire ne perd rien, si les biens immobiliers sont en hausse.

Ainsi, par une pente naturelle, la charge fiscale glisse du plus riche au moins heureux : c'est l'injustice fondamentale de tout système d'impôts.

La distinction des contributions directes et des contributions indirectes peut avoir sa valeur fiscale, administrative, psychologique, elle n'a pas une grande signification *sociale* : car socialement, tous les impôts sont plus ou moins indirects, puisqu'ils dévient, oscillent ou se dispersent au gré de l'incidence.

Le législateur sans doute peut interdire au contribuable visé de récupérer ouvertement sur d'autres le montant de l'impôt. Mais c'est un peu la précaution inutile, car le propre de l'incidence est d'être occulte. Interdire par exemple à toute Compagnie d'assurances de faire passer une taxe sur la tête de l'assuré ne saurait l'empêcher de traduire par une élévation de ses tarifs l'augmentation de ses frais généraux.

En un mot, l'impôt agite la matière sociale, il

ne la transforme pas, et on ne conçoit guère un impôt juste dans une société qui n'est pas fondée sur la justice. L'incidence de l'impôt ne pourrait être évitée que si le salaire de l'ouvrier, le bénéfice du patron, le prix des marchandises étaient déterminés par voie d'autorité, comme l'impôt lui-même. Car on ne fait pas à la contrainte sa part.

§ II

LE CARACTÈRE GÉNÉRAL DU PHÉNOMÈNE DE L'INCIDENCE.

Le législateur ne sait pas à l'avance et ne peut savoir comment le milieu social va se comporter en présence d'un texte déterminé : il y a dans la société une multitude d'éléments à peine soupçonnés, et c'est l'application même de ce texte qui doit en révéler, à certains égards, l'existence et la nature. Une réforme législative, si bien étudiée soit-elle, ressemble un peu à une opération chimique sur un corps inconnu.

Toute loi a donc des incidences et lorsqu'elle n'est pas le fruit de l'expérience, elle est elle-même une expérience.

Quel était le dessein des auteurs du Code civil en interdisant la recherche de la paternité ? Fortifier la femme contre la séduction par la crainte de

garder l'enfant exclusivement à sa charge. Mais le Code civil a simplement encouragé l'homme... Il y a dans l'article 340 une erreur de psychologie.

En 1850, le législateur créa la Caisse nationale des Retraites pour la Vieillesse, afin de permettre aux ouvriers, aux employés, aux paysans, de se constituer des pensions modiques par l'accumulation lente de petits versements. Aux clients de la Caisse était attribué un intérêt surélevé... Une clientèle afflua bientôt, mais c'était surtout une clientèle de personnes aisées, et certaines Compagnies d'assurances trouvèrent même des combinaisons ingénieuses pour faire servir à leurs assurés des rentes à perte par l'État, en prélevant pour elles-mêmes une commission... En 1886, le législateur profita de l'expérience acquise et limitant le chiffre des versements et des pensions, ainsi que le taux de l'intérêt, cessa de faire l'aumône aux riches sur les deniers du contribuable.

En 1893, le législateur éleva la prime aux voiliers... Le résultat ne se fit pas attendre : en quelques années, les chantiers de construction lancèrent sur les eaux deux fois et demi plus de voiliers qu'il ne s'en était pendant la même période construit dans le monde entier. Et pendant ce temps, malgré les primes, la décadence lamentable de notre marine à vapeur s'accentuait. C'était un

peu comme si le Parlement, pour favoriser le développement des transports sur terre, avait commencé par ressusciter les diligences...

En 1897, des primes furent instituées en faveur de la production sucrière. Le système aboutit à ce résultat singulier que le sucre de France, vendu très cher au consommateur français, ne coûtait presque rien au consommateur anglais. Le moyen pour un pays d'avoir du sucre au meilleur compte, c'était de n'en pas produire lui-même... Ce paradoxe a cessé en 1902, par la disparition du régime des primes.

La limitation de la journée de travail dans les établissements occupant des femmes et des enfants a contribué pour une large part, sinon à créer, du moins à aggraver la crise de l'apprentissage : le renvoi des enfants, moyen très simple d'échapper à l'application de la loi, a pris dans certaines régions ou dans certaines industries le caractère d'une mesure générale.

La loi de 1902 a confié aux communes le droit d'exproprier les logements insalubres et les quartiers malsains. Seulement, on peut se demander si le désir d'obtenir une forte indemnité d'expropriation ne le dispute pas, dans la conscience de certains propriétaires, au devoir onéreux d'assurer, par de nouveaux aménagements, la santé de leurs locataires ?

Dans plusieurs États de l'Amérique du Nord, la lutte pour l'alcoolisme a conduit à la prohibition des débits de boissons. Mais on a vu pulluler aussitôt les pharmacies vendant de l'alcool, et l'alcool s'achète encore dans beaucoup d'autres établissements qui n'en mettaient pas en vente auparavant.

En Russie, les débits de boissons doivent avoir des chambres qui leur donnent la dignité d'hôtels ; en réalité, cette prescription réglementaire a fait annexer à beaucoup de cabarets une maison de tolérance.

La série de ces exemples pourrait être indéfiniment continuée et il serait, pour être bref, préférable d'énumérer les lois qui n'ont pas eu d'incidences.

Il est donc impossible de savoir ce qu'il y a dans une loi avant de l'avoir vu fonctionner.

Aussi bien une loi sans incidences serait-elle une espèce de miracle, car elle supposerait que la société est une matière inerte, subissant avec une entière passivité l'action d'une volonté extérieure.

CHAPITRE X

La loi et la liberté.

§ I. En dehors des lois qui abrogent les lois oppressives, est-il des lois libérales ? Celles qui limitent l'État.
§ II. Le libéralisme de la contrainte sociale a l'égard des rapports entre particuliers : la liberté considérée comme le produit d'une réglementation.

> « Le droit est à son maximum, quand la contrainte est à son minimum. » A. Fouillée.

Toutes les lois sont-elles établies aux dépens de la liberté, comme le pensait Bentham ? Ou bien, au contraire, la liberté n'est-elle pas une sorte de prodige, ouvrage de la loi, comme l'a dit Rousseau ?

C'est la thèse et l'antithèse : elles sont peut-être bien l'une et l'autre *à moitié* exactes.

§ I

EN DEHORS DES LOIS QUI ABROGENT LES LOIS OPPRESSIVES EST-IL DES LOIS LIBÉRALES? CELLES QUI LIMITENT L'ETAT.

Il semble que toutes les libertés, en France, soient nées de la loi, car chacune d'elles porte la date du texte qui l'a consacrée.

Il y a, par exemple, une loi sur la liberté du travail, une loi sur la liberté de l'enseignement, une loi sur la liberté de réunion, une loi sur la liberté de la presse, une loi sur la liberté d'association.

C'est le cas de dire, avec Alfred de Vigny :

Vous m'appelez la loi, je suis la liberté.

Mais, de ces textes, il n'est pas un qui n'ait eu, pour instituer un régime de liberté, à faire tomber d'abord une série de prohibitions ou restrictions établies antérieurement par la loi elle-même.

La loi française a décrété, par fragments successifs, la liberté des manifestations publiques de la pensée : liberté du livre, liberté du journal, liberté de la parole, liberté du théâtre. Seulement, elle avait commencé par les nier, en organisant, sous des formes diverses, la censure universelle.

Est-ce à dire que la liberté résulte de l'effacement de la loi ? Ce serait, en ce qui concerne les rapports de l'État et de l'individu, une erreur absolue : la liberté consiste alors, non dans la loi absente, mais dans la loi transformée.

L'individu se trouve avec l'État en un tête-à-tête redoutable à la liberté, lorsqu'il n'y a pas entre eux *un texte de loi* explicite et *un juge* indépendant. L'État, impuissant contre la société prise dans son ensemble, n'est-il pas, en effet, maître,

par sa force matérielle, de la vie et des biens de chaque particulier? Privé, à l'égard de la puissance publique, de toute défense naturelle, l'individu a donc besoin d'une protection juridique : c'est au législateur qu'il appartient de l'organiser.

La loi doit prendre, en un mot, un caractère nouveau, celui d'une limitation de l'État par le droit individuel : c'est en quelque sorte *le renversement* de la notion primitive des règles juridiques.

Ainsi apparaît, avec la fonction libérale de la loi, la valeur libérale de la démocratie.

Jean-Jacques Rousseau, en voulant démontrer l'identité de la démocratie et de la liberté, a failli prouver leur opposition.

Mais il y a, malgré le vice du raisonnement, une idée juste sous les formules de Rousseau.

Prenant pour point de départ l'axiome indiscutable de liberté, il a posé le problème politique en des termes souvent cités :

« Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé et pour laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. »

On connait la solution, donnée dans le *Contrat social* :

« ... Aliénation totale de chaque associé, avec tous ses droits, à toute la communauté ».

Après cette aliénation, l'individu n'en est pas moins libre qu'auparavant, parce que, « se donnant à tous, il ne se donne à personne ». Et s'il refuse d'obéir à la volonté générale, « il y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie pas autre chose qu'*on le forcera à être libre* ».

De cette théorie, il n'y a qu'un fait à retenir : c'est que la loi est d'autant plus libérale qu'un plus grand nombre de citoyens concourent à l'édicter. Car, suivant les expressions déjà employées par nous dans notre *Étude juridique de l'Arbitraire gouvernemental*, si quelqu'un a intérêt à limiter la liberté de plusieurs, ou plusieurs la liberté de quelqu'un, tout le monde ne peut avoir intérêt à limiter la liberté de tout le monde.

Mais la loi ne possède cette vertu libérale que dans la mesure où elle est une règle générale et égale pour tous. Elle exclut alors, par sa conception même, le privilège comme l'ostracisme.

La légalité ainsi entendue est le seul moyen pour une société d'échapper au despotisme, forme spontanée de l'organisation politique. C'est par elle et par elle seulement qu'une démocratie peut se différencier du césarisme, au lieu d'être une sorte de césarisme impersonnel. Seulement, comme il n'est pas de loi *absolument* générale, ni *absolu-*

ment égale pour tous, la liberté, même dans la démocratie, est une tendance plutôt qu'une vérité.

§ II

LE LIBÉRALISME DE LA CONTRAINTE SOCIALE A L'ÉGARD DES RAPPORTS ENTRE PARTICULIERS : LA LIBERTÉ CONSIDÉRÉE COMME LE PRODUIT D'UNE RÉGLEMENTATION.

Tandis que le droit constitutionnel regarde la loi comme une garantie de liberté, l'économie politique la redoute comme une manifestation d'autorité. C'est une question de point de vue : pour le droit constitutionnel, la loi est une protection de l'individu contre l'arbitraire gouvernemental ; pour l'économie politique, elle est un mode d'intervention de l'État dans le domaine des transactions privées. Il n'y a là rien de contradictoire.

Sans doute, la liberté n'est pas l'absence de règles, et il n'y a pas de société possible sans un minimum de prescriptions obligatoires et sanctionnées, déterminant les conditions de la vie commune, ou, pour parler comme Kant, de *la coexistence des libertés* : reconnaître à chacun une liberté sans frontières, ce serait tout simplement organiser le conflit incessant et universel des forces individuelles. Définir la liberté, c'est assu-

rément la limiter, mais c'est aussi donner à une faculté incertaine et précaire la stabilité d'un droit incontesté et permanent.

On n'est jamais sûr de sa propre liberté, dans un pays où celle des autres n'est pas garantie.

D'autre part, le contrat, forme juridique de la liberté dans les rapports entre particuliers, a besoin de l'appui de la loi. En droit grec, il ne suffisait pas de l'accord de deux volontés pour créer le lien contractuel : il fallait qu'un tiers intervint pour se porter caution. C'était, suivant le mot très juste de M. G. Tarde, une sorte d'*exécuteur contractuel.* Eh bien ! cet exécuteur contractuel est aujourd'hui l'État, et, sans l'adhésion sociale, il n'est pas de contrat juridiquement valable : cette adhésion est tacite, elle résulte de la conformité du contrat aux dispositions législatives d'ordre public. On comprend que l'État refuse de sanctionner, par exemple, l'engagement arraché à un mineur ou à un dément.

Il est donc des cas où la loi, quoiqu'elle réglemente les relations particulières, est une nécessité voulue par la liberté même : elle est, à proprement parler, *la liberté organisée.*

Mais la loi est-elle encore libérale, lorsqu'elle intervient pour substituer une règle impérative à l'entente de deux individus responsables ?

Suivant M. Fouillée, dans les rapports contrac-

tuels, « la liberté demeure seule en face de la liberté ». Cette définition a été contestée, car il semble qu'il ne puisse y avoir de contrat véritablement libre entre individus inégaux. Or, dans la société, l'inégalité est la règle; l'égalité, l'exception.

« Peut-on, dit M. Duguit, parler raisonnablement d'un contrat de louage de services entre l'employeur, puissant capitaliste, et l'ouvrier; l'employeur fixe d'avance et spontanément le salaire, et l'employé l'accepte; l'employeur le fixe, non pas parce que tel employé l'accepte, mais pour une toute autre cause; l'employé l'accepte et veut travailler moyennant un salaire, parce qu'il veut vivre. *De contrat, il n'y en a point.* »

Par quel acte sont déterminées, dans un établissement industriel, les conditions du travail? Par un *règlement* d'atelier. Comment ces règlements sont-ils sanctionnés? Par des *amendes*. Ainsi, le patron possède, à l'égard de son personnel, une sorte de pouvoir législatif et judiciaire. Une grande Compagnie est une institution d'ancien régime, fondée sur le principe du despotisme éclairé, et non une République parlementaire, issue du suffrage de tous. Spencer reconnaissait que, dans une usine importante, la discipline était militaire, comme dans un régiment.

Dès lors, observe M. Duguit, « si le caractère

contractuel a disparu dans les rapports entre l'employeur et l'employé, ce n'est pas parce que la loi positive est intervenue, mais la loi positive intervient d'autant mieux *qu'il n'y a plus et ne peut plus y avoir de rapport contractuel* ».

Mais si l'on accepte comme exacte toute cette argumentation, quel contrat reste un vrai contrat? Il n'en est aucun, pour ainsi dire, qui ne soit à quelque degré, comme le contrat de travail, un contrat *forcé*. Est-ce que le consommateur peut vivre, sans contracter avec le producteur ou l'intermédiaire? Même lorsque le contrat a pour but final d'instituer une coopération entre les parties, il a pour point de départ un débat, sinon un conflit, entre deux intérêts distincts ou opposés, et la partie la plus forte tend à dicter sa volonté à l'autre : il en est, à cet égard, des conventions privées comme des traités internationaux. Un juriste est allé jusqu'à dire : tous les contrats sont *léonins*.

Et, en définitive, la véritable solution du problème de la liberté ne serait-elle pas : *la loi partout, le contrat nulle part ?*

Cette conception de la loi, en réalité, ne résout rien ; elle transpose le problème de la liberté en un problème d'égalité, sous prétexte que la liberté pure et simple n'est pas le régime le plus libéral.

Mais, dans cette transposition, la liberté s'évanouit, et il n'est pas certain que l'égalité naisse.

Car les inégalités sociales s'inscrivent dans la loi, comme dans le contrat. C'est une même erreur de prendre celui-ci ou celle-là pour une panacée libérale : l'oppression peut aussi bien se déguiser sous la forme légale que sous la forme contractuelle.

La vérité est que l'histoire semble donner raison à cette constatation de G. Tarde : « L'égalité n'est qu'une transition entre deux hiérarchies, comme la liberté n'est qu'un passage entre deux disciplines. »

La liberté est un produit historique instable, un état d'esprit national : elle n'est pas la conséquence d'un système politique déterminé.

Sans doute, elle trouve un terrain favorable dans la démocratie, *corrigée* par le régime représentatif et la séparation des pouvoirs.

Mais il faut à la démocratie un constant effort sur elle-même, pour accepter la discipline de la légalité, c'est-à-dire pour exercer *une souveraineté sans arbitraire.*

LIVRE II

LA LÉGISLATION EXPÉRIMENTALE

CHAPITRE I

La méthode.

§ I. L'OBSERVATION DES MOUVEMENTS SPONTANÉS DU DROIT : NÉCESSITÉ AVANT DE LÉGIFÉRER DE "VOIR EN ORDRE" LA VIE JURIDIQUE EXISTANTE.

§ II. L'ANTINOMIE IRRÉDUCTIBLE DE LA VIE ET DES LOIS : RECHERCHE DES ATTÉNUATIONS PRATIQUES DE CETTE ANTINOMIE.

§ III. LA MÉTHODE D'IMITATION ET LE DROIT COMPARÉ. — 1. Imiter le droit, ce n'est pas copier les textes. Le vrai droit d'un pays n'est presque jamais celui que l'on imite. — 2. Le rayonnement mondial de certains droits nationaux et ses causes particulières. On ne transplante pas un droit, on le transpose. — Véritable fonction du droit comparé.

« Le législateur est plutôt un témoin qui constate le progrès qu'un ouvrier qui le réalise. »

CÉLICE.

§ I

L'OBSERVATION DES MOUVEMENTS SPONTANÉS DU DROIT : NÉCESSITÉ, AVANT DE LÉGIFÉRER, DE « VOIR EN ORDRE » LA VIE JURIDIQUE EXISTANTE.

La loi n'a le droit d'ignorer ni les mœurs, ni la

jurisprudence; même pour les combattre, elle doit commencer par les connaître.

Les études juridiques, obéissant à l'esprit de la science moderne, ont pris depuis quelques années en France un caractère nettement historique et expérimental. Dans la bibliothèque des juristes, les périodiques, s'attachant, dans la masse énorme des arrêts et jugements rendus sur toute la surface du territoire, à retenir les décisions intéressantes en fait ou en droit, ont supplanté les recueils touffus de travaux préparatoires. A l'ignorance volontaire et hautaine de la pratique, dont se flattaient les premiers interprètes du Code, la doctrine préfère aujourd'hui l'examen approfondi des décisions de justice : en même temps qu'un commentaire de la loi, elle est une synthèse de la jurisprudence, et par là constitue une incessante et précieuse confrontation du droit avec le fait. La doctrine commence même à donner une place d'honneur aux formulaires, aux livres de pratique, aux actes instrumentaires, aux polices d'assurances, etc. Dans tous les ouvrages récemment publiés, dans les articles des revues spéciales, il est facile de constater cette transformation capitale du rôle de la doctrine; elle peut être d'un mot résumée : la doctrine s'est aperçu de l'existence d'un milieu social. Sans doute, le droit, ce n'est pas pour elle toute la sociologie, mais elle reconnaît que toute

la sociologie est nécessaire pour comprendre le droit. Ainsi, les « auteurs », suivant le terme consacré, ne se bornent plus à être des « professeurs de Code Napoléon », expliquant aux juges et aux citoyens le sens des textes législatifs; ils font entendre au législateur les mille voix de la pratique judiciaire ou extrajudiciaire. Et le législateur a le devoir de les écouter.

Un moine, au moyen âge, fit un jour ce rêve. Sur un vaste chantier des pierres gisaient éparses, elles avaient des formes bizarres, incompréhensibles, sans raison d'être apparente. Soudain il les vit, mues par une force invisible, rouler au hasard. Mais le hasard intelligent les rapprochait et les pierres informes devenaient ogives, colonnades ou chapiteaux. Un édifice prenait forme et du chaos jaillissait l'harmonie complexe et tourmentée d'une cathédrale gothique. Ainsi nous voyons, sur l'immense chantier social, les matériaux dispersés et mal dégrossis. Le théoricien passe à côté d'eux sans les regarder et va tracer dans toute l'indépendance de son imagination le plan du temple qu'il a rêvé. Mais il oublie que le législateur est le moins libre des architectes, puisqu'il n'est maître ni de la quantité, ni de la qualité des matériaux. Et il ne s'aperçoit pas que les pierres sont animées, comme celles de la légende et ébauchent en traits qu'il est facile d'achever la société de demain,

c'est-à-dire que les mœurs et la jurisprudence dessinent les solutions législatives et établissent l'*ordre du jour* des assemblées parlementaires.

Il est un parti qui a reconnu, dans l'ordre politique et juridique, la valeur de l'expérience historique: c'est le collectivisme. De Karl Marx à Kautsky, le socialisme dédaignant l'utopie à la manière de Cabet et de Fourier, a mis ses espérances d'avenir dans le déterminisme de l'évolution sociale. Mais, chez les adeptes du *matérialisme historique*, on trouve souvent cette part d'idéalisme qui consiste à tenir pour vérité démontrée une hypothèse seulement plausible.

Il y a, comme l'a dit Tarde, un déguisement positiviste de l'esprit de chimère.

La méthode n'en est pas moins excellente dans son principe si elle se donne pour but, non de créer de toutes pièces, suivant l'ambition d'Auguste Comte, une dynamique sociale, *science du mouvement nécessaire et continu de l'humanité*, mais simplement d'étudier, en quelque sorte du dedans, chaque institution particulière, afin de suivre les lignes directrices de son développement spontané et d'insérer pour ainsi dire les modifications législatives dans le fil même de l'évolution.

La vraie logique c'est bien celle de l'histoire et « l'histoire ne peut pas se déduire ».

§ II

L'OPPOSITION IRRÉDUCTIBLE DE LA VIE ET DES LOIS RECHERCHE DES ATTÉNUATIONS PRATIQUES DE CETTE ANTINOMIE.

Si la législation expérimentale a une patrie, c'est l'Angleterre.

Macaulay définissait en ces termes la méthode suivie depuis l'âge de « Jean » jusqu'à l'âge de « Victoria » par les 250 parlements de Grande-Bretagne :

« Ne point s'inquiéter de la symétrie et s'inquiéter beaucoup de l'utilité, n'ôter jamais une anomalie, parce qu'elle est une anomalie, ne jamais innover sauf lorsque quelque malaise se fait sentir et alors innover juste assez pour se débarrasser du malaise ; n'établir jamais une proposition plus large que le cas particulier auquel on remédie. »

Aux yeux de Summer-Maine, quel est dans le caractère d'une nation la plus haute vertu ? C'est « la capacité pour appliquer et développer le droit comme droit, *même dans des conditions contraires à la justice abstraite* ».

M. Chamberlain le déclarait avec une belle franchise dans un discours à la Chambre des communes : « La grande qualité des lois anglaises *c'est de n'être pas logiques.* »

Ceux-là mêmes d'entre les hommes d'État anglais qui font, par rapport à leurs compatriotes, figure de doctrinaires, et par exemple Gladstone, se distinguent encore, suivant les expressions du jurisconsulte Dicey, par la précieuse faculté de « partager les sentiments variés et inconsistants de leur époque ».

Dans le perpétuel compromis de sa législation, l'Angleterre nous donne l'exemple d'une nation chez laquelle la classe riche possède à un haut degré le sentiment des sacrifices inévitables et la classe pauvre le sens des résignations provisoirement nécessaires.

Ainsi le législateur anglais, écartant le mirage des proclamations stériles ou des concessions illusoires, a su pratiquer l'art de capituler à temps afin d'assurer aux vaincus les honneurs de la guerre; c'est pourquoi, tandis que la législation française *oscillait*, la législation anglaise *évoluait*.

Une loi, en Angleterre, est toujours faite pour être appliquée parce qu'elle répond à une fin concrète et immédiate. Dès qu'il a reconnu par son vote l'utilité d'une disposition législative, il semble que le Parlement anglais soit prêt à donner libéralement à l'autorité publique les hommes, l'argent et les armes dont elle a besoin pour la mettre en action. C'est ainsi que l'Angleterre a un corps de fonctionnaires spéciaux pour assurer l'application

des lois sur l'assistance et elle est une des nations qui n'hésitent pas à garantir par des châtiments physiques l'observation des lois vitales pour la société.

Il est rare que la loi anglaise soit de beaucoup en avance ou en retard sur les mœurs : elle est généralement trop lente pour les dépasser, et si elle veut en comprimer l'élan, la désuétude vient la frapper de paralysie.

Mais le législateur anglais entend parfois innover. Il est alors curieux de remarquer de sa part une tendance à imiter les procédés de la vie spontanée du droit, c'est-à-dire à préparer par une série d'expériences limitées la formation d'une règle uniforme et définitive. La multiplicité des étapes atténue, pour emprunter le langage de M. Tarde, « la discontinuité propre aux explosions intermittentes de la volonté collective, appelées lois ».

La détermination des conditions du travail s'est faite en Angleterre par voie de mesures fragmentaires et successives applicables à chaque industrie déterminée : industrie du coton, industrie de la laine, de la soie et du lin, industrie des mines et des chemin de fer..., etc. Finalement consolidée en 1878, la réglementation du travail présente ainsi en Angleterre un caractère original : elle est, non l'épanouissement soudain d'un principe, mais la lente totalisation d'une expérience.

La législation anglaise sur la condition des fem-

mes mariées, au point du vue de la propriété et de l'administration de leurs biens,a été édictée d'abord pour l'Angleterre et pour l'Irlande, puis étendue à l'Ecosse. Le fédéralisme se prête admirablement à la pratique des *essais locaux :* c'est ainsi que la représentation proportionnelle s'est développée en Suisse de canton en canton, c'est ainsi que la législation du *homestead*, consacrant l'inviolabilité du bien de famille, s'est répandue aux Etats-Unis d'Etat en Etat.

M. Poincaré, dans *la Science et l'hypothèse*, fait, à propos des lois physiques cette observation : « Une loi expérimentale est toujours soumise à la revision et on doit toujours s'attendre à la voir remplacer par une loi plus précise ». Car une loi naturelle, telle que le savant peut la formuler, est seulement *à peu près vraie*. A plus forte raison dans l'ordre juridique, les statuts parlementaires doivent-ils être considérés comme essentiellement transitoires. On a vu à plusieurs reprises le Parlement anglais, pour ne pas engager l'avenir sans retour, voter des lois temporaires, et des lois à revision, sortes de lois *pour voir*, si l'on peut ainsi parler. L'esprit français a peine à concevoir que le *Ballot act de 1872*, substituant le vote secret et écrit au vote public et oral dans les élections législatives et municipales ait été d'abord provisoire.

Le Code civil espagnol de 1889 avait eu soin de

prescrire sa propre révision, d'après les résultats d'une enquête permanente confiée à une commission, avec la collaboration des chefs de Cour. Tous les dix ans, on devait procéder à une révision d'ensemble. Sages dispositions ! Il est vrai qu'elles n'ont guère été appliquées... Mais enfin l'intention était excellente.

Quelles sont donc les corrections à apporter à la conception dogmatique de la loi ?

Les résultats positifs de l'expérience anglaise, concordant avec les résultats négatifs de l'expérience française permettent de les dégager.

La nature met parfois l'harmonie entre des effets inconciliables en géométrie absolue : M. Berthelot l'a remarqué. Eh bien, dans l'ordre juridique, le législateur est condamné à un tour de force analogue : il doit tempérer la définition traditionnelle de la loi par les exigences toutes contraires de la vie.

Cette conclusion paradoxale est inspirée par les faits.

La loi est une règle abstraite et rationnelle, mais c'est aussi pour elle une vertu d'être concrète et empirique.

La loi est une règle uniforme, mais c'est aussi pour elle un mérite d'édicter des prescriptions spéciales pour les situations spéciales, des prescriptions locales pour les situations locales.

La loi est une règle égale pour tous, mais c'est aussi pour elle une nécessité de reconnaître qu'il est des inégalités sociales actuellement indestructibles.

La loi est une règle obligatoire par son origine, mais elle n'a aucune chance d'être appliquée si elle n'oblige d'abord par son utilité.

La loi est une règle sanctionnée par l'Etat, mais la contrainte n'est efficace que si elle reste exceptionnelle.

La loi est une règle faite pour demain, mais c'est pour elle une qualité d'être une synthèse du passé.

La loi est une règle faite pour toujours, mais, afin de rester vivante, elle doit sans cesse évoluer.

Nous n'avions pas tort de parler d'une antinomie *logiquement* irréductible. Mais cette antinomie s'atténue *pratiquement* au point de disparaître, si le législateur accepte de bonne grâce la collaboration de la coutume et de la jurisprudence, et s'il sait d'autre part, lorsqu'il veut faire œuvre de création juridique, procéder, comme la nature, par retouches, et par tâtonnements, et, comme elle, aller du détail au principe, du particulier au général, de la variété à l'uniformité.

Est-ce abandonner la conception admise de la loi ?

Non, mais c'est me garder de cette conception

que les défauts inévitables, dans la mesure où ils sont réellement inévitables, les préjugés utiles, dans la mesure où ils sont réellement utiles.

§ III

LA MÉTHODE D'IMITATION, ET LE DROIT COMPARÉ.

Lorsqu'il existe à l'étranger une bonne loi, pourquoi s'évertuer à fabriquer de toutes pièces une loi nouvelle et originale? Ne suffit-il pas de promulguer une traduction fidèle, et intelligente ? Le sens commun paraît l'indiquer.

Mais, au fond, la question n'est pas aussi simple, et il s'agit de savoir si l'imitation des lois étrangères, de mode irraisonnée qu'elle était à l'origine, peut devenir une méthode consciente de progrès juridique?

Le développement contemporain des études de droit comparé donne à ce débat un vif intérêt : car la méthode semble aujourd'hui trop facile pour ne pas séduire infiniment le législateur.

Imiter, n'est-ce pas être à peu de frais novateur ?

Seulement, les difficultés commencent à l'application, et le droit comparé, *scientifiquement conçu*, apparaît comme la plus laborieuse, et la plus aléatoire des méthodes.

1. — Imiter le droit, ce n'est pas simplement copier les textes : il est clair que pour opérer la transfusion d'un droit étranger dans le courant du droit national, il faudrait avec les lois importer les jurisprudences bienfaisantes qui les atténuent, les expédients heureux qui les corrigent, ou les pratiques acceptées qui les annulent...

« Une règle de droit est ce qu'elle est, a écrit M. Durkheim, et il n'existe pas deux manières de la percevoir ».

Il n'est pas, à notre sens, de formule plus inexacte.

En matière de droit criminel, par exemple, à quoi bon cueillir dans une loi étrangère l'article qui édicte une peine, si l'on n'a pas observé la peine *en acte*, c'est-à-dire le régime pénitentiaire ? Il est beaucoup moins aisé sans doute de connaître ceci que cela, mais c'est ceci qu'il faut connaître. Une loi étrangère est toujours excellente, si l'on ignore ses résultats.

Nos vieux auteurs, traduisant les prescriptions vénérables du droit romain, ont commis des contresens, ou des solécismes dont la trace lointaine, au xxe siècle, n'a pas encore entièrement disparu de notre Code civil. Or s'il est déjà difficile de ne pas errer sur le sens des mots, comment ne pas se méprendre à quelque degré sur la valeur des choses que les textes expriment ?

Le vrai droit d'un pays n'est presque jamais celui que l'on imite.

Les Etats-Unis, en 1787, ont tenté une transposition républicaine de la Constitution anglaise, mais ils la concevaient sous un aspect qu'elle avait cessé de présenter au siècle précédent, et c'est pourquoi la Constitution américaine est au fond plus monarchique que la Constitution anglaise.

Les Républiques sud-américaines, pour avoir trop servilement copié la Constitution fédérale, ont institué chez elles un régime politique qui n'avait pas assurément fonctionné aux Etats-Unis.

Quelles ont été, à l'époque moderne, de toutes les nations, les plus imitées? La France et l'Angleterre ; quelquefois, l'Angleterre, à travers la France. Mais précisément ces deux nations sont inimitables : l'une est le pays des Constitutions éphémères et des lois inappliquées ; l'autre, pays de mœurs lentement transformées, n'a pu donner par son histoire qu'un grand exemple, celui de n'imiter personne.

2. — Il est, dans les annales de l'humanité, deux prodigieux exemples d'imitation juridique : l'expansion du droit romain, le rayonnement du Code Napoléon. Démontrent-ils que la méthode d'imitation, appliquée sous sa forme la plus audacieuse, soit un instrument puissant et commode

de progrès juridique? Dans quelle mesure et dans quelles conditions?

Le droit romain, « clef d'or qui ouvre la porte de toutes les autres connaissances juridiques », a conservé son prestige séculaire : c'est le droit *modèle*, comme l'Angleterre était pour Le Play la nation *modèle*. Aussi bien les juristes de Rome, ces « philosophes de la jurisprudence », avaient-ils consciencieusement travaillé à faire du droit de leur pays, si étroitement national par ses origines, un droit rationnel et universel, également remarquable par la généralité de ses prescriptions et la subtilité de ses analyses.

Mais l'illusion qu'ils avaient créée pouvait-elle résister à l'expérience?

La France méridionale, sous l'Ancien régime, vivait sous l'empire du droit romain, mais ce droit romain n'était plus le droit de Rome même, car il avait profondément subi l'action de la jurisprudence française. Que de difficultés d'ailleurs pour faire pénétrer les créations de l'esprit français dans les cadres d'une législation taillée pour une société depuis si longtemps disparue! Ce qu'il y a de romain dans notre Code civil constitue encore un obstacle au développement original de notre droit. Cependant nous sommes *des Latins*.

Transplanté au XVIIe siècle en Allemagne, que pouvait devenir le droit romain? Un droit allemand,

et en effet les tribunaux avaient fini par appliquer un droit romain « factice... déformé, rajeuni, faussé et dénaturé », suivant les expressions du professeur Saleilles, et qui n'avait plus guère, en un mot, de romain que le nom. Le développement des études historiques vint dissiper cette fantasmagorie, et les Allemands s'efforcèrent de nationaliser plus franchement leur droit, en restreignant le champ d'application des règles romaines, jusqu'au jour, proche encore, où un Code national exorcisa pour toujours de l'Allemagne moderne l'âme juridique de la vieille Rome.

Le rayonnement mondial de notre Code civil est un phénomène plus extraordinaire encore que l'expansion relativement limitée du droit romain. Nous avons importé nos lois, non seulement en Italie, en Suisse, en Allemagne, en Belgique, en Hollande, mais encore en Roumanie, en Égypte et jusqu'au Japon. Notre Code est allé plus loin que nos armes, et là même où nos armes l'ont imposé c'est par son prestige pacifique qu'il a survécu à notre domination passagère.

Lorsque l'Italie, brutalement soumise à l'application du Code Napoléon, retrouva, à la chute du Premier Empire, son droit national, elle s'empressa de le réformer sur le modèle des lois françaises, et le progrès du droit italien fut d'abord un retour au droit français. Comment expliquer cette défaite

singulière de la loi nationale par une loi étrangère? Simplement en constatant avec un juriste italien, Chironi, que l'Italie, comprimée au début du XIX[e] siècle dans les langes trop serrés d'une législation surannée, avait d'instinct reconnu dans le droit français, récemment refondu, la formule toute faite d'un droit obscurément élaboré en elle-même.

Lorsque le droit français a été introduit aux Pays-Bas, quel était, en dehors des législations provinciales, le droit commun des Hollandais? Le droit romain.

En Égypte, le droit français s'est-il heurté à un droit proprement, spécifiquement égyptien? Nullement, mais au droit de Mahomet : or, comme on l'a très bien dit, les siècles mettaient plus de distance entre l'Égypte du prophète et l'Égypte moderne que la Méditerranée entre la Cour d'Aix et celle d'Alexandrie. Il faut ajouter que la loi du pays laissait en friche une grande partie du domaine juridique et que d'ailleurs, à raison de la juridiction envahissante des consuls, toutes les lois avaient fini par sembler applicables en Égypte, sauf la loi égyptienne.

La Roumanie a une législation « imitée, et rien qu'imitée » de la nôtre : c'est un juriste roumain qui le constate, M. C.-G. Dissescou. Mais notre législation n'a rencontré devant elle qu'une vieille

législation roumaine, mise hors de service par tous les progrès d'ordre économique et social qui s'étaient produits hors d'elle ou contre elle. Et si la Roumanie a importé notre Code civil, c'est parce qu'il lui donnait l'occasion de rompre avec le passé.

En somme, par qui les lois françaises ont-elles été imitées? Par des nations incapables de rajeunir leur droit elles-mêmes. Que faut-il en conclure? Que mieux vaut pour un droit évoluer par l'imitation que de ne pas obéir du tout à l'évolution sociale : rien de plus, mais rien de moins. Il est évident qu'une loi médiocre est excellente, si elle remplace une loi pire, que le droit d'un autre pays peut être moins étranger à un peuple que les dispositions périmées de son propre droit, et enfin qu'une règle juridique devient très vite nationale, du moment qu'elle était utile. Et puis il faut bien concéder à M. Gabriel Tarde que, si les peuples imitent, c'est aussi un peu pour le plaisir d'imiter.

Mais n'allons pas croire que, malgré les conditions particulièrement favorables de sa transplantation, le droit français soit resté à l'étranger exclusivement français.

D'abord, même lorsqu'ils ont cédé, comme le Japon, à une véritable crise d'imitation, les peuples ont réservé la part de leur âme nationale : l'organisation de la famille est au Japon purement japo-

naise, et l'Égypte n'a pas soustrait à la loi de Mahomet le régime des successions, ni l'état des personnes. Un Code n'est pas seulement le livre des intérêts, il est aussi le livre des sentiments.

D'autre part, les lois françaises n'ont pas tardé à subir l'assaut du droit national.

La Belgique et la France, ainsi que l'a noté M. J. Van Biervliet, ont le même Code qu'appliquent dans la même langue, à des situations semblables, des magistrats institués dans des conditions à peu près identiques, après avoir reçu une éducation juridique analogue, et cependant elles n'ont pas exactement la même jurisprudence. D'ailleurs, comme l'avait remarqué l'illustre jurisconsulte belge Laurent, le droit de la Belgique n'a jamais été un droit français : car il s'est trouvé que les dispositions du Code Napoléon étaient pour la plupart conformes à des habitudes nationales, à des coutumes antérieurement enracinées.

La législation genevoise reste pour la plus grande partie redevable à la législation française. Mais elle obéit de nos jours, comme la législation belge, à un mouvement propre d'évolution. Et sait-on quelle avait été à Genève la raison du succès de notre Code! C'est qu'il assurait la liberté des conventions, c'est-à-dire faisait reculer les bornes de la loi.

Au Japon, le Code français, appliqué de 1870

à 1890, devait à cette époque faire place à un Code rédigé sur les lieux par M. Boissonnade, conseiller légiste du gouvernement japonais, mais ce Code, avant même d'être mis en vigueur, fut l'objet d'une revision opérée par des juristes japonais.

Ailleurs, la réaction a été plus complète : la Hollande unifiée a depuis 1838 son Code à elle, et le Code allemand, mis en application le 1er janvier 1900, a fait disparaître des pays rhénans les dernières traces de la législation française.

Ainsi on ne transplante pas, à proprement parler, un droit, on le transpose et dans cette transposition, il perd la plupart de ses traits caractéristiques. Deux sociétés différentes peuvent s'accommoder d'une même législation, mais comme elles s'accordent avec une même religion : en la coulant au moule de leur esprit national et traditionnel.

3. — Il est de la méthode d'imitation une forme naïve et une forme savante.

La première consiste à prendre pour modèle une nation élue dans l'ordre du droit et à la suivre sur la route du progrès, comme le régiment marche derrière le tambour-major qui donne le rythme et marque le pas.

Mais où est le tambour-major? Et quelle nation serait aujourd'hui assez modeste et assez dépourvue d'esprit critique pour imiter en bloc une législation

27

étrangère, considérée comme bonne *en soi* et indépendante du milieu historique où elle s'est développée? Les peuples commencent à prendre conscience de leur propre originalité, et l'imitation, ainsi entendue, ne présenterait plus qu'un intérêt purement rétrospectif, s'ils ne méconnaissaient volontiers l'originalité des autres et ne prétendaient par la contrainte appliquer à leurs possessions exotiques la méthode dont ils ne veulent plus pour eux-mêmes.

Car, au fond, étendre à une colonie les lois de la métropole, n'est-ce pas sous le nom d'assimilation, poursuivre une politique *d'imitation forcée?* La France a plusieurs fois tenté, au cours de son histoire, l'expérience de l'assimilation législative ; mais toujours sans succès. La civilisation juridique n'est que l'épanouissement de la civilisation matérielle, intellectuelle et morale, et il était vain d'imposer notre droit à nos colonies, avant d'avoir patiemment donné notre empreinte à l'âme indigène, jusqu'ici hostile et impénétrable. Mais l'idée que le droit français, approximation du droit idéal, peut avoir dans le monde un rayonnement indéfini, n'a pas encore permis, à l'égard de nos colonies, le développement d'une politique purement expérimentale. Sans doute, nous avons fini par reconnaître qu'il faut à chacune de nos possessions une législation originale, mais c'est au gouvernement

de la métropole, statuant arbitrairement par ses décrets, que nous avons laissé, par une sorte de paradoxe, le soin de légiférer... Nous n'avons pas encore compris qu'une législation coloniale devait être élaborée dans la colonie et pour la colonie, par des organes coloniaux.

Le « droit comparé », forme savante de la méthode d'imitation, se propose par une étude approfondie des diverses législations de rechercher le « type » de chaque institution juridique et de travailler ainsi à dégager les éléments d'un « droit commun » international. Telle serait, suivant une expression du professeur Lambert, la « fonction » du droit comparé. Mais pour être plus compliquée, la méthode est-elle plus scientifique ?

Collationner à travers le droit universel les traits communs à une institution juridique, le mariage, le divorce, le droit d'association, le contrat de travail, etc., est-ce déterminer un idéal? En aucune manière, c'est faire une moyenne. Or, l'uniformité n'est pas en elle-même désirable et pour un peuple, comme pour un individu, la supériorité consiste à être « différent ».

Si nous voyons le divorce, sous une forme ou sous une autre régner partout, sommes-nous obligés de croire à sa nécessité? A cette question, nous n'hésitons pas à répondre, avec M. Lambert : *parfaitement*.

Mais quelle est la meilleure forme du divorce? Ce n'est pas nécessairement la plus répandue et c'est peut-être chez une seule nation que nous allons la trouver. Bien plus, il est possible qu'elle soit encore à découvrir...

Le type d'une institution juridique une fois établi, il s'agit de l'acclimater dans un pays donné, à une époque donnée. C'est le second écueil du droit comparé.

M. Ch. Benoist a trouvé dans la Cour suprême des Etats-Unis le type accompli d'une juridiction chargée de faire respecter la Constitution contre le législateur même. Toutes choses égales d'ailleurs, l'expérience américaine est décisive; mais précisément, comme l'a démontré M. Boutmy, elle n'est pas valable pour la France, car il est entre le régime constitutionnel de la France et celui des Etats-Unis « non seulement une différence de degré, mais une différence de genre qui rend les emprunts de l'un à autre aussi déplacés et aussi stériles que les croisements qu'un éleveur ignorant tenterait entre deux espèces animales éloignées ». Il n'est pas absolument certain qu'une Cour suprême du type américain échouerait *en France :* c'est une expérience à faire, mais *elle ne s'est pas faite en Amérique.*

Est-ce à dire que les matériaux patiemment amassés par le droit comparé soient inutilisables? En

aucune manière : le droit comparé est un auxiliaire précieux de la méthode expérimentale, lorsque ses observations portent sur des institutions fonctionnant dans des conditions analogues chez des peuples similaires. Il n'est guère, pour avoir une valeur générale, que les combinaisons juridiques d'ordre purement technique, comme le système de l'*Act Torrens*, organisation très ingénieuse et très commode de la transmission des propriétés immobilières, pour la première fois appliquée en Australie, mais qui n'est pas liée à la mentalité héréditaire d'un peuple déterminé.

Le point essentiel est de ne pas chercher dans le droit comparé des arguments superficiels en faveur d'une thèse préconçue; trop souvent, une rapide cueillette d'exemples pris çà et là à travers les législations n'est qu'une manière de prêter à un pur *a priori* une apparence positive.

Mais le droit comparé, si consciencieusement pratiqué soit-il, doit céder le pas à la méthode historique fondée sur l'observation des mouvements spontanés du droit; avant de recourir à l'imitation, il convient d'examiner s'il n'est pas possible de trouver dans l'évolution du droit national le germe, facile à développer, de la réforme désirable. Si l'étude des législations étrangères est alors utile, c'est afin de faire mieux comprendre dans ses qualités, comme dans ses défauts, la législation du

pays : car un droit n'est vraiment perçu dans son originalité que si on le compare.

L'unification finale du droit dans le monde civilisé reste une hypothèse séduisante et même plus qu'une hypothèse; il est certain que, parmi la race blanche, les droits se rapprochent, comme les manières de vivre, de penser et de sentir. Il se crée entre les hommes un droit commun, parce que l'échange des produits et des idées est en train de créer entre eux une société commune. Mais il faut laisser cette société se faire peu à peu à elle-même son droit et ne pas tenter, par l'imitation systématique, un nivellement anticipé des législations nationales.

Le progrès juridique ne peut, en effet, résulter que de la *concurrence* des peuples vers un droit meilleur; c'est dire que le vrai titre du droit comparé n'est pas de donner aux diverses législations une orientation uniforme, il est de suggérer, par l'étude des législations étrangères, des solutions vraiment nationales.

CHAPITRE II

La fonction législative et ses organes.

§ I. SOCIÉTÉ POLITIQUE ET SOCIÉTÉ RÉELLE : LES DEUX SUFFRAGES UNIVERSELS. — 1. Le suffrage universel, comme procédé de statistique sociale. Sa valeur est d'être relativement vrai. Statistique détaillée des opinions par la représentation proportionnelle. — 2. Le suffrage universel des actes sociaux. Les résistances sociales effectives à l'application des lois succédant à l'effacement total des minorités dans les assemblées. L'homme social reprenant ou corrigeant le vote de l'électeur.

§ II. LES ASSEMBLÉES LÉGISLATIVES : ORGANISATION DU TRAVAIL JURIDIQUE.

« J'ai soutenu que le peuple n'a jamais tort... »
J.-J. ROUSSEAU.

§ I

SOCIÉTÉ POLITIQUE ET SOCIÉTÉ RÉELLE. LES DEUX SUFFRAGES UNIVERSELS.

Les Allemands ont coutume, dans leurs traités de droit public, de construire la théorie de l'État sans faire apparaître la foule mouvante des citoyens; aussi, quand ils ont fini, ne savent-ils plus où

mettre la nation et ils sont parfois conduits à nier son existence juridique, comme s'il n'était pas proprement absurde de nier juridiquement une force réelle, toujours capable par définition de se faire une place à elle même. On raconte que l'Empereur, appréciant l'esquisse d'un tableau officiel, fit à l'auteur cette remarque : « Il n'y a pas assez de peuple, mettez beaucoup de peuple ». La science allemande semble au contraire recommander à la nation d'occuper le moins de place possible et surtout de ne pas bouger, afin de ne déranger aucun des grands pouvoirs de l'État.

Notre point de départ, à nous Français, est tout différent; il est même entièrement opposé... Mais nous arrivons à peu près au même résultat. Car, souveraine, la nation n'exerce pas la souveraineté; elle ne juge, ne légifère ni ne gouverne, et de sa souveraineté nominale ne retient à titre effectif que l'exercice périodique du droit de vote. Encore la nation électorale n'est-elle qu'une fraction de la nation réelle et la plus forte des majorités politiques ne représente guère qu'une minorité sociale. Bref, suivant une expression du regretté Boutmy, la souveraineté nationale, qui semble d'abord au premier plan, se trouve en définitive un simple fond de tableau et donnée à la nation, la souveraineté profite à l'État.

D'autre part, les citoyens possèdent en quelque

sorte une double personnalité; l'une politique, l'autre sociale. Car ils ont dans l'ordre juridique deux manières d'exprimer leur volonté : par leurs votes et par leurs actes. En contribuant par leurs votes à établir des lois qu'ils sont incapables de réaliser par leurs actes ou en créant par la répétition et l'unanimité de leurs actes des habitudes sociales qu'ils ne veulent pas inscrire dans la loi, ils perpétuent l'opposition du droit social et du droit légal.

Le problème de l'organisation législative, c'est d'affaiblir ou de supprimer dans la nation le dualisme de la société politique et de la société réelle; le problème de l'éducation juridique de l'esprit public, c'est d'affaiblir ou de supprimer dans l'individu le dualisme de l'être social et l'être politique.

1.— Le suffrage universel est un procédé très simple de statistique sociale; il traduit, de façon rudimentaire, mais par des chiffres clairs et précis, la transformation des besoins et le mouvement des idées. On lui reproche, à juste titre, de ne pas être intelligent. Mais l'intelligence est une qualité individuelle, d'ailleurs peu répandue, non un attribut de la collectivité; le mérite du suffrage universel, et il ne peut en avoir d'autre, c'est d'être vrai, relativement vrai, grossièrement vrai.

Le suffrage restreint a un vice irrémédiable, qui est de refuser l'existence politique à l'immense majorité de ceux qui ont une existence sociale. En 1818, il y avait en France un millier d'électeurs par département : gros propriétaires, grands négociants, hauts fonctionnaires; en 1846, trois cent mille censitaires, fournissant 200.000 votants, soit une majorité de 100.000 et une voix... La classe riche avait élargi, en un mot, sa prépondérance sociale en un monopole absolu dans l'ordre politique; la statistique électorale était un pur mensonge, parce que la nation réelle était presque tout entière hors du pays légal. Refuser le suffrage politique à tout être qui n'a pas dans la vie sociale une part indépendante d'activité, enfant, femme mariée et sans profession, soit! Mais l'illettré qui travaille est un élément de la société; si sa voix est oubliée dans la grande addition d'où l'on prétend dégager l'orientation législative, le total est inexact. Dans l'ordre des intérêts concrets, l'opinion d'un ouvrier ou d'un paysan vaut celle d'un membre de l'Institut; elle la complète, car ils n'ont pas le même point de vue et aucun point de vue n'est négligeable. Belle mission de confier à la classe cultivée le soin de représenter dans le concert politique la classe ignorante et pauvre; mais celle-ci ne peut être représentée que par elle-même et la classe riche, en fait d'intelligence, a surtout celle

de ses propres intérêts, qu'elle identifie à l'intérêt général... Comme le suffrage restreint a un grand défaut, qui est précisément d'être restreint, le suffrage universel a une grande vertu, qui est d'être universel. Élargir le suffrage universel, c'est donc accroître sa valeur « statistique » qui constitue sa valeur essentielle.

De ce qu'il est universel, faut-il conclure que le suffrage politique doit rester uniforme? La statistique électorale serait plus près de la réalité si la voix de chacun était, non seulement comptée, mais pesée. Seulement, les théoriciens et les praticiens de la politique n'ont encore trouvé pour doser le mérite social aucune balance approximativement exacte.

Accorder double, triple ou quadruple vote à l'instruction, à la richesse, à la maturité de l'âge, à la profession, à la situation de famille, c'est politiquement amplifier des différences sociales qui s'atténuent devant la force croissante du nombre et risquer par conséquent de fausser le suffrage universel, sous prétexte de le rendre plus délicat. « Qu'est-ce qu'une inégalité, sinon un privilège chez l'un et une servitude chez l'autre? » a dit M. Fouillée. La démocratie, qui s'incline difficilement devant les inégalités naturelles, est impatiente de tout privilège légal, de toute servitude politique. Et le système du *vote plural* ne rachète pas par la

certitude et l'importance de ses résultats une apparence d'iniquité.

La *représentation des intérêts* semble inspirée par un pur esprit scientifique, étranger à toute idéologie. Mais faire du suffrage politique un suffrage strictement professionnel, est-ce bien fondre la nation réelle et la nation légale? Vous donnez un ou plusieurs sièges de députés à mon syndicat, à ma chambre de commerce, à mon université, mais je ne suis pas tout entier l'homme de mon syndicat, de ma chambre de commerce, de mòn université; je suis l'homme de mes idées, de ma famille, de ma patrie; je ne suis pas tout entier terrassier, agent de change ou sculpteur, je suis père, mari, consommateur. Le point de vue professionnel est un point de vue unilatéral et il serait en vérité absurde de former par un recrutement professionnel des assemblées législatives qui passent la majeure partie de leurs réunions à élaborer des lois, qui ne sont pas professionnelles. Le système de la représentation des intérêts est une manifestation de cette espèce particulière d'idéologie que l'on pourrait appeler l'idéologie matérialiste.

Comment une statistique parvient-elle à être vraie? A force d'être détaillée. Un total n'a d'intérêt que si l'on peut analyser la multiplicité des éléments dont il est la somme. Le système de la *représentation proportionnelle* répond à cette exi-

gence; il ne déplace pas la majorité dans la nation, mais il permet à la plus grande variété possible d'intérêts et d'opinions de s'exprimer numériquement à chaque consultation électorale. En un mot, il tend à réaliser le but du suffrage universel qui est de *rendre visibles*, sans convulsion révolutionnaire, les forces latentes de la nation, toutes les forces, celle des minorités comme celle des majorités, celle des idées comme celle des appétits matériels.

Un parlement doit être un microcosme national pour que la nation ait quelque chance de se reconnaître dans la loi.

2. — Comme toutes les statistiques, la statistique électorale demande à être interprétée; il faut chercher en elle autre chose que la souveraineté brute d'un chiffre global. Rien ne saurait remplacer les renseignements fournis sur les tendances d'une nation par la statistique électorale, mais ces renseignements ont besoin d'abord d'être bien compris, ensuite d'être complétés et rectifiés.

Même lorsque les minorités sont représentées au sein des assemblées législatives, elles n'ont pas une action juridique exactement équivalente à leur action sociale. Au Parlement, la majorité a toute la force et si elle veut en user, la résistance de la minorité, s'épuisant en quelques discours, devient

rapidement nulle. Mais à l'effacement total ou partiel des minorités dans les assemblées succèdent les résistances sociales à l'application des lois. Théoriquement, une loi a la même force obligatoire, quelle que soit la majorité qui en a assuré le vote. Seulement l'expérience a démontré que la loi, si elle n'était soutenue par le sentiment presque unanime de la nation, restait plus ou moins lettre morte. Le nombre constitue l'approximation la plus parfaite des données de l'équilibre social dans les sociétés contemporaines. On ne gouverne pas contre le nombre, il faut donc gouverner avec lui. Mais le nombre limite le nombre, et le chiffre qui exprime une minorité a sa valeur comme le chiffre qui exprime une majorité. De ce qu'il est impossible de trouver la formule pratique d'une représentation organique des forces vives de la nation, d'une synthèse politique des énergies réelles de la société, il ne faut pas conclure que ces forces n'existent pas, que ces énergies sommeillent.

D'autre part, une nation, même d'un vote unanime et enthousiaste, n'est pas maîtresse de se transformer par la loi, car une nation est ce qu'elle est, et non pas ce qu'elle veut être : elle ne saurait légiférer contre elle-même sans ressembler à ce baron d'une légende allemande qui se tirait les cheveux pour s'élever en l'air. La fièvre électorale

est une fièvre idéologique : l'électeur, échappant par le secret du vote à l'étreinte des servitudes sociales, exalté par l'illusion de la souveraineté, crédule à la poésie d'un programme ou à l'éloquence d'un orateur, c'est un peu le philosophe bâtissant sur la table rase. Mais bientôt, loin de la foule politique, l'électeur se retrouve lui-même, et il se retrouve homme privé, beaucoup moins spéculatif et altruiste dans sa vie de tous les jours que dans l'exercice de son pouvoir souverain.

C'est le suffrage universel des actes sociaux venant rectifier le suffrage universel des actes politiques.

Il est donc nécessaire, pour déterminer en toute sincérité les tendances de la volonté publique, d'examiner *parallèlement* comment la nation vote et comment elle vit.

Les partis modernes ont à cet égard une heureuse propension à mettre en lumière la solidarité d'intérêts qui unit leurs adhérents, c'est le commencement d'une évolution vers la politique concrète, un premier pas vers l'éducation réaliste du suffrage universel.

§ II

LES ASSEMBLÉES LÉGISLATIVES : ORGANISATION DU TRAVAIL JURIDIQUE.

Le meilleur Parlement est celui qui exprime le plus étroitement la nation dans sa complexité. Il n'est pas d'argument plus fort pour justifier la dualité des assemblées législatives, Chambre haute et Chambre populaire, élues suivant un mode différent de scrutin.

Deux statistiques électorales valent mieux qu'une, parce qu'elles s'interprètent et se corrigent l'une par l'autre.

D'autre part, nous l'avons dit, la statistique électorale renseigne; elle ne commande pas. Il est bon que la nation impose à ses représentants une direction générale, parce que les assemblées ne peuvent engager la nation sur une route qu'elle ne veut pas suivre ; il est mauvais qu'elle leur dicte des solutions particulières, parce que le suffrage universel, compétent pour poser des problèmes, n'est pas apte à élaborer des solutions, c'est-à-dire à exercer la fonction juridique et législative.

Mais les assemblées politiques, qui sont une image réduite de la grande foule électorale, ne sont-elles pas aussi frappées, à cet égard, d'une incapacité relative?

« Je veux être gouverné par les meilleures lois possibles, a écrit M. de Laveleye; comme je suis incapable de les découvrir, je nommerai à cet effet des gens spéciaux, de même que pour avoir des chemins de fer, je m'adresse à des ingénieurs. »

Or, il résulte précisément de l'origine populaire des assemblées légiférantes, qu'elles ne sont pas uniquement composées de « gens spéciaux », professionnellement entraînés à une fonction spéciale.

Un Parlement n'a pas uniquement pour mission d'élaborer des règles juridiques : il est associé si étroitement à l'exercice du pouvoir gouvernemental qu'une question a d'autant moins de chances d'intéresser les assemblées législatives qu'elle est plus « juridique » et moins « politique ». La plupart des modifications apportées à notre Code civil ont été votées sans discussion, ou avec l'ombre d'une discussion. Les débats purement juridiques se poursuivent sans retentissement, devant des assemblées réduites à un petit nombre de membres qui se trouvent, par leur profession antérieure ou leurs études personnelles, plus aptes à en comprendre la portée.

Aussi bien, dans les séances publiques des assemblées législatives, tout travail sérieux d'élaboration juridique est-il pratiquement impossible. Le droit nouveau semble naître sur les lèvres des

députés et recevoir au passage la consécration de leurs mains levées; mais, en réalité, l'assemblée est une sorte de meeting appelé à se prononcer sur des textes laborieusement préparés, en dehors d'elle, au sein des commissions ou dans les conseils du gouvernement: elle vote la loi, elle ne la « fait pas », à proprement parler, et il est même à redouter qu'elle ne vienne, par un amendement improvisé, détruire le savant équilibre d'un projet longuement médité. Dans une discussion orale, les esprits s'affrontent, ils n'ont pas le temps de se pénétrer; c'est le corps à corps des arguments, des partis et des hommes.

Or, le travail juridique est de ceux qui exigent le maximum de patience et d'impartialité. Étudier d'une manière approfondie les mouvements des usages et de la jurisprudence, les résultats effectifs des législations étrangères, réunir et interpréter les données de la statistique, c'est un travail proprement scientifique et technique. Aucune intuition ne saurait en tenir lieu.

Ce qui a fait la haute valeur de notre Code civil, c'est qu'il a été presque tout entier l'œuvre de juristes professionnels cherchant à résumer, sans arrière-pensée politique, le droit vécu, le droit historique, le droit national de leur pays.

En France, le travail juridique se poursuit d'une manière fragmentaire et incohérente; il n'est

pas organisé. La collaboration du Conseil d'État à la rédaction des projets de loi est rare et accidentelle.

Il existe en Angleterre une sorte d'atelier législatif, le *Parliamentary Counsel's Office*, auquel est ordinairement confiée la rédaction des *bills* gouvernementaux, et l'on sait qu'en Angleterre la plupart des lois naissent de l'initiative gouvernementale. Institution modeste, fonctionnant sans bruit et pour ainsi dire à l'amiable, grâce à laquelle le style verbeux et obscur des lois anglaises a gagné en précision et en clarté. Notre Conseil d'État pourrait rendre au Parlement des services moins étroitement techniques et assurer, par la compétence reconnue de ses membres, une base véritablement scientifique à la discussion des textes législatifs. Il est sans doute, au sein des commissions parlementaires, des hommes éminents et instruits, mais la composition, variable et variée, de ces commissions y permet l'échange rapide des idées plutôt que l'effort soutenu nécessaire pour réunir les matériaux de l'élaboration législative, et donner ainsi à l'établissement d'un texte la solide assise de réalités objectives préalablement constatées.

Remarquez d'ailleurs qu'il est impossible de « centraliser » d'une manière absolue la préparation des lois, car elles soulèvent les questions les

plus complexes, et pour chacune d'elles il y a lieu de mettre en jeu le faisceau des compétences spéciales. Il est ainsi dans le Code civil un certain nombre d'articles dont les prescriptions, reposant sur des données physiologiques, ne pourraient être sagement revisées que sur le rapport de l'Académie de médecine : puberté, âge du mariage, durée légale de la grossesse.

Certaines sociétés privées, en France, telles que : la Société d'études législatives, la Société française des Habitations à bon marché, la Société générale des Prisons, ont pris l'initiative d'élaborer des projets législatifs, dont le Parlement a plusieurs fois accueilli les dispositions essentielles. C'est la préparation des lois *par l'initiative privée...!* Elle semble appelée à un fécond avenir, car les « intéressés » et les « spécialistes » ont plus que personne qualité pour inspirer des solutions dont ils sont destinés à subir ou à assurer l'application.

Est-ce à dire que tout le monde préparera quelque jour les lois, sauf le législateur même? Ce serait pour la nation le moyen de reprendre indirectement, mais sûrement, l'exercice du pouvoir législatif. But en lui-même désirable, car si la nation délègue un attribut de la souveraineté, ce n'est pas par principe, c'est *par nécessité.*

CONCLUSION

La relativité de la loi et la fonction juridique de l'illégalité : le conflit permanent du législateur, du juge et des mœurs, comme agent du progrès juridique. — L'efficacité minime des lois : la loi, résultante et non créatrice. — La notion de force, substituée à celle de souveraineté. La notion de fonction substituée à la notion de pouvoir. Ni pouvoirs, ni souverain : des fonctions et des organes. Changement de mot, impliquant un changement de méthode.

« Je ne nie pas la puissance des mesures politiques : je la circonscris. »

Auguste Comte.

L'observation impartiale de la vie juridique, objet de la science du droit, montre qu'il existe dans toute société un coefficient d'illégalité, dont on peut dire qu'il est inévitable, puisque, s'il varie suivant le temps ou le lieu, il n'est jamais entièrement nul : il semble que l'illégalité, *dans une certaine mesure*, soit un phénomène normal de la vie du droit, et souvent, en effet, nous l'avons constaté, le progrès juridique se fait par le conflit réciproque du législateur, des juges et des mœurs.

La loi n'existe que si on la respecte : c'est certain.

Mais si elle n'est attaquée par la parole ou par l'acte, progresse-t-elle ? C'est au moins douteux.

Lorsque le pauvre est gêné dans sa marche, il fend d'un coup de canif le cuir de sa chaussure trop étroite.....

Mais il se garderait d'aller nu-pieds.

Eh bien ! c'est peut-être le caractère *relatif* de la loi qui permet à la société d'évoluer sous cette carapace rigide, sans abandonner, *dans son ensemble*, le régime de légalité, tutélaire de la liberté individuelle ?

Et sans doute convient-il de respecter assez la loi, mais de ne pas la respecter *trop :* l'illégalité, comme le crime, selon M. Durkheim, est une manifestation d'individualisme, et c'est par l'individu que tout commence, *même le droit.*

L'illégalité, d'ailleurs, ne met pas la loi sérieusement en danger, si elle reste individuelle. Devient-elle collective, elle constitue un avertissement au législateur, en lui indiquant le désaccord croissant de la société et de la loi. Elle lui démontre par le fait « que le monde social, comme l'a dit Spencer, est très loin d'être une pâte à laquelle la cuisinière peut donner la forme qu'il lui plaît, celle d'une croûte de pâté, d'un chausson ou d'une tartelette ».

Il serait trop facile de légiférer si les mauvaises lois étaient toujours appliquées.

Il y a donc, en quelque sorte une fonction

juridique de l'illégalité, comme il y a, pourrait-on dire, une fonction intellectuelle de l'hérésie.

Mais si les illégalités se multipliaient, sans amener *l'accord final* des textes et des mœurs, elles seraient, au lieu d'un ferment de vie, un symptôme de décomposition.

Une société ne peut rester, sans souffrance, en contradiction avec elle-même.

Cet état d'anarchie peut avoir pour cause le développement de l'indiscipline sociale : beaucoup désobéissent à la loi, parce qu'ils ne veulent tolérer aucune règle, non parce qu'ils désirent une autre règle.

Mais le malaise résulte plus souvent de l'erreur des assemblées législatives, prenant à la lettre l'idée de souveraineté : malgré l'expérience, elles ne veulent pas se rendre compte de l'efficacité minime de la loi, résultante et non créatrice.

En vérité, il y a, dans l'ordre constitutionnel, des fonctions ou des organes plutôt que des pouvoirs : changement de mots, qui implique un changement de méthode.

La grande nécessité de l'heure présente pour les démocraties est de se bien connaître, pour mieux agir : une démocratie, qui est un effort conscient pour favoriser la liberté et la justice par la légalité, n'a pas le droit de se tromper sur la valeur exacte de l'instrument législatif.

Se trouvera-t-il parmi les juristes un Claude Bernard pour écrire une *Introduction à l'étude de la législation expérimentale?*

Elle ne serait pas inutile assurément à l'éducation politique de la nation souveraine et de ses représentants.

Sans doute, il faut bien concéder à Cousin que « c'est un fait aussi, et un fait incontestable qu'aux yeux des hommes le fait n'est pas tout et que l'idée du droit est une idée universelle ».

Mais il faut bien reconnaître aussi que les hommes ne sont pas aptes à la réaliser immédiatement dans toutes ses conséquences sociales : or, pour le législateur, il n'y a d'autre *absolu* que le *possible.*

Et s'il fallait d'un mot résumer la conclusion de cet ouvrage, nous dirions : *le droit ne domine pas la société, il l'exprime.*

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

LA GENÈSE DES LOIS ET LA SOUVERAINETÉ DU LÉGISLATEUR

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT SPONTANÉ ET LA LOI ÉCRITE

LIVRE I

LE DROIT DU JUGE ET LE DROIT DU LÉGISLATEUR

DEUXIÈME PARTIE

LE DOGMATISME LÉGISLATIF ET LA LÉGISLATION EXPÉRIMENTALE

LIVRE I

LES ÉLÉMENTS DE LA CONCEPTION DOGMATIQUE DE LA LOI DÉFAUTS NÉCESSAIRES ET PRÉJUGÉS UTILES

LIVRE II

LA LÉGISLATION EXPÉRIMENTALE

CONCLUSION

3900. — Paris. — Imp. Hemmerlé et Cie. — 4.08.

BIBLIOTHÈQUE
DE
PHILOSOPHIE SCIENTIFIQUE

Collection in-18 jésus à 3 fr. 50 le volume

FÉLIX LE DANTEC (*Chargé de Cours à la Sorbonne*)
Les Influences Ancestrales

Après avoir, dans une courte introduction, mis en évidence les avantages de la narration historique des faits, l'auteur montre comment, de la seule notion de la continuité des lignées, on conclut sans peine aux principes de Lamarck et Darwin. Le premier livre de l'ouvrage est un véritable résumé de la biologie tout entière ; grâce à l'heureux emploi d'une expression nouvelle et imprévue « la canalisation du hasard », les questions les plus ardues de l'hérédité et de l'origine des espèces sont exposées avec simplicité, sans qu'il soit jamais nécessaire de faire appel à aucune connaissance spéciale ou technique........................ 1 vol. in-18.

H. POINCARÉ (*Membre de l'Institut*)
La Science et l'Hypothèse

M. Poincaré a réuni sous ce titre les résultats de ses réflexions sur la logique des sciences mathématiques et physiques. Dans les unes comme dans les autres, l'hypothèse a joué un grand rôle. Quelques personnes en ont voulu conclure que l'édifice scientifique est fragile ; être sceptique de cette façon, c'est encore être superficiel. Douter de tout, ou tout croire, ce sont deux solutions également commodes qui, l'une et l'autre, nous dispensent de réfléchir.

Un peu de réflexion nous montre au contraire que l'emploi de l'hypothèse est nécessaire et peut être légitime ; sans doute il est dangereux, mais ce n'est qu'une raison de plus de reconnaître avec soin les pièges auxquels le savant est exposé.

M. Poincaré a évité soigneusement l'emploi des formules mathé-

tratiques. Son livre pourra donc être lu par toutes les personnes cultivées ; il le sera certainement par tous ceux qui s'intéressent à la philosophie des sciences.................... 1 vol. in-18.

DASTRE (*Professeur de Physiologie à la Sorbonne*)
La Vie et la Mort

Ce livre intéressant entre tous, sera bientôt dans toutes les mains. Ce n'est plus, comme jadis, un poète ou un moraliste qui vient disserter sur la destinée humaine et développer les éternels lieux communs que comporte le sujet. L'auteur de cet ouvrage, M. Dastre, professeur de physiologie à la Sorbonne, est l'un de nos savants les plus originaux et les plus profonds. Son livre traite des questions relatives à la Vie et à la Mort au point de vue de la philosophie et de la science. Il nous révèle qu'il y a des animaux immortels, que la mort n'a pas existé de tout temps, qu'elle est apparue à un moment du cours des temps géologiques ; que la vieillesse elle-même est une maladie qui pourrait être évitée et que la vie pourrait être plus longue sans s'accompagner de décrépitude.................................. 1 vol. in-18.

Dr GUSTAVE LE BON. — Psychologie de l'Éducation

Ce livre a été écrit pour tous les membres de l'enseignement, et au moins autant pour les pères de famille, soucieux de l'avenir de leurs fils. Le Dr Le Bon s'est livré à une étude attentive du volumineux Rapport de la Commission d'enquête sur la Réforme de l'enseignement ; il en est sorti persuadé que toute la réforme n'a malheureusement tourné qu'autour d'une question de programmes ; et il craint que les programmes nouveaux n'apportent aucun remède. C'est l'esprit de l'enseignement, la méthode, qui auraient besoin d'être améliorés : « Tous les programmes sont indifférents, mais ce qui peut être bon ou mauvais, c'est la façon de s'en servir. »

Le Dr Le Bon estime que cette vérité élémentaire est totalement méconnue ; son livre qu'éclaire sans cesse une vue, à la fois profonde et subtile des réalités, a pour but de la faire pénétrer dans le public. « Cette réforme de l'opinion est la première qu'on doive tenter aujourd'hui. »................. 1 vol. in-18.

FRÉDÉRIC HOUSSAY (*Professeur de Zoologie à la Sorbonne*)
Nature et Sciences naturelles

Ce nouveau livre, accessible à tous les esprits cultivés et réfléchis, a pour noyau la plus originale tentative pour montrer, dans l'édification de la science, la continuité de pensée depuis l'antiquité jusqu'à notre époque. Il contient de plus une philosophie

opposant la réalité naturelle aux diverses images scientifiques que l'homme s'en est faites, images que les progrès techniques modifient beaucoup moins dans leurs traits essentiels qu'on ne le croit d'ordinaire. Toutes les théories générales y sont groupées, classées, comparées, et les grandes controverses y apparaissent comme des malentendus permanents entre les diverses sortes de pensées humaines. L'ouvrage se termine par un suggestif aperçu sur l'orientation actuelle des sciences naturelles........ 1 vol. in-18.

Dr J. HÉRICOURT. — **Les Frontières de la Maladie**

Les frontières de la maladie, ce sont les maladies de la nutrition qui commencent, s'installant de façon insidieuse et progressant insensiblement, jusqu'au moment où elles se démasqueront en troubles graves et incurables ; ce sont les infections latentes et atténuées qu'on laisse évoluer librement, et qu'on répand autour de soi, d'abord dans sa famille, et puis au dehors ; ce sont toutes les maladies qui laissent aux patients les apparences de la santé, et qui, par cela même, sont abandonnées à leur libre évolution dans leur phase maniable par l'hygiène, jusqu'à leur transformation en états graves, contre lesquels la thérapeutique est alors le plus souvent impuissante........................ 1 vol. in-18.

H. POINCARÉ (*Membre de l'Institut*)
La Valeur de la Science

Ce nouvel ouvrage de M. Poincaré a pour but de rechercher quelle est la véritable valeur objective de la Science ; n'est-elle, comme le prétendent ses détracteurs, qu'une accumulation d'hypothèses arbitraires, une simple règle d'action incapable de nous rien faire connaître de la réalité. On pourrait le croire à voir les capricieuses variations de la mode scientifique ; le caractère à demi conventionnel des notions les plus fondamentales, comme celles de temps et d'espace.

Un examen plus approfondi nous rassure ; il nous montre, il est vrai, que la nature des choses nous demeurera à jamais mystérieuse ; mais qu'il y a dans les rapports mutuels de ces choses inconnaissables, je ne sais quelle harmonie qui est la seule réalité objective qui nous soit accessible.

L'auteur à ce propos revient sur la question de la rotation de la Terre et fait justice de certaines légendes qui ont couru dans les journaux politiques à propos de ses idées sur le mouvement absolu. Il montre comment, malgré la relativité de l'espace, la vérité pour laquelle Galilée a souffert, reste néanmoins la vérité.. 1 vol. in-18.

Dr GUSTAVE LE BON. — **L'Évolution de la Matière**

Cet ouvrage présente un intérêt scientifique et philosophique considérable. L'auteur y a développé les recherches nombreuses que sous ces titres : *La Lumière Noire*, *La Dématérialisation de la Matière*, etc., il a publié depuis plusieurs années. On sait qu'elles ont eu en France et surtout à l'étranger un retentissement énorme. Il a montré que, contrairement à une croyance bien des fois séculaire, la matière n'est pas éternelle et peut être détruite sans retour, qu'elle est le siège d'une énergie colossale insoupçonnée jusqu'ici et dont l'intensité est telle que la dissociation complète d'une pièce de 1 centime représenterait autant d'énergie qu'on pourrait en obtenir en brûlant 68.000 francs de houille.

Parmi ses expériences sur les diverses phases de la dématérialisation de la matière on remarquera celles où il prouve par des photographies instantanées que les produits de la dématérialisation de la matière traversent visiblement les obstacles matériels.

Les expériences sur le radium et leur analyse critique forment un des chapitres intéressants de l'ouvrage. On y voit que tous les corps de la nature possèdent les mêmes propriétés que le radium bien qu'à un degré moindre. — 1 vol. in-18 illustré de 62 gravures photographiées au laboratoire de l'auteur.

E. BOINET (*Professeur de Clinique médicale*)
Les Doctrines médicales. — Leur évolution

La nécessité d'une doctrine directrice s'impose à la médecine, qui est à la fois un art par ses applications et une science par ses moyens d'étude. Les doctrines médicales ont donc une portée pratique et théorique, et leur évolution marque les étapes de la médecine.

Le *Livre I*, consacré aux *Doctrines antiques*, se divise en six chapitres : Le *premier* comprend la *médecine sacerdotale* ; le *second chapitre* traite de la *doctrine Hippocratique* ; le *chapitre III* expose les *rivalités de l'Ecole de Cos*, personnifiée par Hippocrate, et de l'*Ecole de Cnide* ; dans les *chapitres IV et V* se trouvent les doctrines multiples de l'*Ecole d'Alexandrie* et la *médecine* au temps d'*Aristote* ; la *doctrine de Galien* fait l'objet du *VIe et dernier chapitre*.

Le *Livre II* étudie l'*alchimie* et la *doctrine chimiatrique*.

Le *Livre III* montre l'influence des progres de l'anatomie humaine.

Le *Livre IV*, renferme l'œuvre du XIXe siècle illustré par trois noms français, Bichat, Claude Bernard, Pasteur.

Les idées modernes sur la maladie sont exposées dans le *Livre V*.

Le *Livre VI* est consacré aux *défenses de l'organisme*.

Le *Livre VII* montre *l'application des doctrines modernes à la thérapeutique et à l'hygiène*........................ 1 vol in-18.

ÉMILE PICARD (*Membre de l'Institut, Professeur à la Sorbonne*)

La Science moderne et son état actuel

M. Picard s'est proposé de donner, dans ce volume, une idée d'ensemble sur l'état des sciences mathématiques, physiques et naturelles dans les premières années du xxe siècle. Une esquisse de l'état actuel des sciences, de leurs méthodes et de leurs tendances, précédée de remarques historiques, est susceptible de faire mieux comprendre que des dissertations abstraites ce que cherchent les savants, quelle idée on doit se faire de la science, et ce que l'on peut lui demander. On trouvera discutés dans ce volume, avec de nombreux exemples à l'appui, les divers points de vue sous lesquels on envisage aujourd'hui la notion d'explication scientifique, ainsi que le rôle des théories, sans lesquelles la science se réduit à un catalogue de faits. Ces trois cents pages forment une véritable encyclopédie, où sont condensés les résultats positifs les plus importants, en même temps qu'un livre de philosophie scientifique, où les liens qui unissent les diverses sciences sont mis en évidence.. 1 vol. in-18.

ALFRED BINET (*Directeur du Laboratoire de Psychologie à la Sorbonne*)

L'Ame et le Corps

Depuis quelques années, le vrai problème de l'âme et du corps sollicite de nouveau l'attention du monde savant. M. Binet a voulu montrer que les progrès récents de la psychologie expérimentale ont eu un retentissement sur les spéculations les plus hautes et les plus abstraites de la philosophie. L'analyse de la sensation, de l'image, de l'idée, de l'émotion, telle qu'elle résulte des travaux les plus précis, oblige à poser en termes nouveaux la distinction du physique et du mental. Les anciennes hypothèses, le matérialisme, le spiritualisme, l'idéalisme, le parallélisme, le monisme, apparaissent maintenant comme frappées d'un vice radical, et doivent faire place à une solution nouvelle, et mieux adaptée aux données les plus importantes de la science...... 1 vol. in-18.

FÉLIX LE DANTEC (*Chargé de Cours à la Sorbonne*)

La Lutte universelle

Contrairement à Saint-Augustin qui affirme que les corps de la nature se soutiennent réciproquement et « s'aiment en quelque sorte » M. Le Dantec prétend, dans ce nouveau livre, que l'existence même d'un corps quelconque est le résultat d'une lutte. « Etre, c'est lutter » dit-il et il ajoute aussitôt : « Vivre, c'est vaincre ». L'auteur est amené en effet à classer les corps en trois

Catégories. Il n'y a là qu'une manière nouvelle de parler, mais cette manière de parler est assez féconde pour constituer un vrai système philosophique.......................... 1 vol. in-18.

LUCIEN POINCARÉ (*Inspecteur général de l'Instruction publique*)

La Physique moderne. — Son Évolution

M. L. Poincaré a pensé qu'il serait utile d'écrire un livre où, tout en évitant d'insister sur les détails techniques, il ferait connaître, d'une façon aussi précise que possible, les résultats si remarquables qui, depuis une dizaine d'années, sont venus enrichir le domaine de la physique et modifier profondément les idées des philosophes aussi bien que celles des savants.... 1 vol. in-18.

L. DE LAUNAY (*Professeur à l'École des Mines*)

L'Histoire de la Terre

Ecrire un ouvrage de géologie, sans termes rébarbatifs, sans mots latins, sans énumérations fastidieuses, sans termes techniques, sans figures ; faire une *Histoire de la Terre*, qui soit, à proprement parler, une Histoire, c'est-à-dire qui raconte simplement les faits du passé dans leur succession chronologique et qui ne devienne pas, pour cela, un roman, tel est le but difficile que s'est proposé M. De Launay.. 1 vol. in-18.

FÉLIX LE DANTEC (*Chargé de Cours à la Sorbonne*)

L'Athéisme

Voici, nous dit l'auteur, un livre de bonne foi ; et, réellement, le ton de l'ouvrage est tel qu'on pourrait se demander, le plus souvent, si l'on est en présence d'un plaidoyer pour l'athéisme ou pour la nécessité d'une foi religieuse.

M. Le Dantec commence par nous expliquer comment il a été amené fatalement et presque malgré lui à ses opinions philosophiques actuelles ; il ne les a pas choisies comme étant les meilleures : il les a subies pour ainsi dire et ne saurait, par conséquent, songer à les imposer aux autres. A notre époque de crise religieuse, ce livre, d'une lecture très facile, devra être dans toutes les mains.................................... 1 vol. in-18.

JULES COMBARIEU (*Chargé de cours d'Histoire musicale au Collège de France*)

La Musique. — Ses Lois et son Évolution

Dans ce travail, l'auteur s'est placé à un point de vue nouveau, qui n'est pas celui de Marx, de Gevaërt, de Riemann, et des autres grands théoriciens. M. Jules Combarieu ne s'est pas contenté d'expo-

ser en langage très clair, avec exemples à l'appui, les *lois* de la musique — mécanisme du rythme, règles du contre-point, formes diverses de la composition, etc. — et de les replacer dans leur évolution historique : il les explique, en rattachant un état donné de l'art et de la théorie à l'état correspondant de la vie sociale ; de plus, il montre que la musique, tout en étant la forme la plus libre de la pensée, est en harmonie avec les lois fondamentales de la nature............................ 1 vol. in-18 illustré.

Dr HÉRICOURT. — L'Hygiène moderne

Sous une forme toute nouvelle, et qui n'a rien de commun avec les traités d'hygiène classiques, toujours lourds et touffus, *L'Hygiène Moderne* du Docteur J. Héricourt présente aux lecteurs du grand public un ensemble d'idées générales capables de les guider avec sûreté pour la solution de tous les problèmes concernant la conservation et la protection de leur santé.

L'hygiène de l'individu, l'hygiène de la maison et de la rue, l'hygiène des collectivités permanentes ou temporaires, y sont traitées dans leurs grandes lignes, en une série de chapitres d'une lecture attachante.................................. 1 vol. in-18.

L. POINCARÉ (*Inspecteur général de l'Instruction publique*)
L'Électricité

Dans ce nouveau volume, M. Lucien Poincaré étudie les modes de production et d'utilisation des courants électriques et les principales applications qui appartiennent au domaine de l'électrotechnique.

L'auteur s'adresse au public éclairé qui s'intéresse aux progrès des sciences et lui présente, sous une forme très simple et facilement accessible, un tableau fidèle de l'état actuel de l'électricité .... 1 vol. in-18.

HENRI LICHTENBERGER (*Maître de Conférences à la Sorbonne*)
L'Allemagne moderne. — Son évolution

La science allemande s'est efforcée, depuis quelques années surtout, en de nombreuses publications individuelles ou collectives, de dresser le bilan du siècle écoulé. Il a semblé qu'il pouvait être intéressant de présenter au public français, sous une forme aussi simplifiée que possible et dans un esprit de stricte impartialité, quelques-uns des résultats généraux de cette vaste enquête. Dans cet ouvrage on a donc essayé de donner, en quatre livres, un tableau sommaire de l'évolution économique, politique, intellectuelle, artistique de l'Allemagne moderne.......... 1 vol. in-18.

Dr GUSTAVE LE BON. — L'Évolution des Forces

Ce livre est consacré à développer les conséquences des principes exposés par Gustave Le Bon dans son ouvrage *l'Evolution de la Matière*, dont la 12e édition a paru récemment. — 1 vol. in-18 illustré de 42 figures.

GASTON BONNIER (*Membre de l'Institut, Professeur à la Sorbonne*)
Le Monde végétal

L'ouvrage que vient de rédiger M. Gaston Bonnier n'est pas, à proprement parler, un livre de Botanique.

Dans *Le Monde Végétal*, l'auteur, avant tout, expose les faits qui éclairent la philosophie des sciences naturelles ; il y passe en revue la succession des idées que les savants ont émises sur les végétaux ; il les commente et il les discute. — 1 vol. in-18 illustré de 230 figures.

ERNEST VAN BRUYSSEL (*Consul général de Belgique*)
La Vie sociale. — Ses évolutions

Ce livre expose dans son ensemble toute l'histoire de l'humanité. Il a pour but l'étude des idées sociales dès leur origine et à travers leurs évolutions, durant la succession des siècles. Ecrit largement, d'une synthèse claire et rigoureuse, il nous met, par une analyse raisonnée, en face de l'immense progrès qu'a réalisé l'esprit de l'homme dans le sens de la conquête de sa liberté matérielle et intellectuelle, simplement en exposant les faits ainsi qu'ils se sont succédé. C'est une leçon encyclopédique et à la fois un enseignement moral d'une haute portée..................... 1 vol. in-18.

ENVOI FRANCO CONTRE MANDAT OU TIMBRES-POSTE

— Paris. - - Imp. Hemmerlé et Cie.

Bibliothèque de Philosophie scientifique

DIRIGÉE PAR LE Dr GUSTAVE LE BON

VOLUMES PARUS :

La Science et l'Hypothèse, par H. Poincaré, membre de l'Institut, professeur à la Sorbonne (14e mille).

La Valeur de la Science, par H. Poincaré, membre de l'Institut, professeur à la Sorbonne (12e mille).

La Vie et la Mort, par le Dr A. Dastre, membre de l'Institut, professeur de Physiologie à la Sorbonne (8e mille).

Nature et Sciences naturelles, par Frédéric Houssay, professeur de Zoologie à la Sorbonne (6e mille).

Psychologie de l'Éducation, par le Dr Gustave Le Bon (9e mille).

Les Frontières de la Maladie, par le Dr J. Héricourt (6e mille).

Les Influences ancestrales, par Félix Le Dantec, chargé de cours à la Sorbonne (8e mille).

Les Doctrines Médicales, par le Dr E. Boinet, professeur de clinique médicale, agrégé des Facultés de Médecine (5e mille).

L'Evolution de la Matière, par le Dr Gustave Le Bon, avec 62 figures (15e mille).

La Science moderne et son état actuel, par Emile Picard, membre de l'Institut, professeur à la Sorbonne (8e mille).

L'Âme et le Corps, par A. Binet, directeur du laboratoire de psychologie à la Sorbonne (5e mille).

La Lutte Universelle, par F. Le Dantec, chargé de cours à la Sorbonne (8e mille).

La Physique moderne (Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences), par Lucien Poincaré, inspecteur général de l'Instruction publique (9e mille).

L'Histoire de la Terre, par L. de Launay, professeur à l'École supérieure des Mines (8e mille).

L'Athéisme, par Félix Le Dantec, chargé de cours à la Sorbonne (8e mille).

La Musique, par Jules Combarieu, chargé du cours d'Histoire de la Musique au Collège de France (6e mille).

L'Hygiène moderne, par le Dr J. Héricourt (8e mille).

L'Electricité, par Lucien Poincaré, Inspect. général de l'Inst. publique (8e mille).

L'Allemagne Moderne, par H. Lichtenberger, maître de Conférences à la Sorbonne (8e mille).

L'Evolution des Forces, par le Dr Gustave Le Bon, avec 42 figures (10e mille).

La Vie sociale, par Ernest Van Bruyssel, Consul général de Belgique (5e mille).

Le Monde végétal, par Gaston Bonnier, membre de l'Institut, professeur à la Sorbonne, avec 230 figures (6e mille).

Les Transformations du Monde animal, par Charles Depéret, Correspondant de l'Institut, Doyen de la Faculté des Sciences de Lyon (7e mille).

De l'Homme à la Science, par Félix Le Dantec, chargé de cours à la Sorbonne (6e mille).

Les Grands Inspirés devant la Science, par le colonel Biottot.

L'Évolution souterraine, par E.-A. Martel, Directeur de *La Nature*, avec 80 figures.

La Connaissance et l'Erreur, par Ernst Mach, prof. à l'Université de Vienne.

Science et Religion dans la philosophie contemporaine, par Émile Boutroux, membre de l'Institut (7e mille).

Science et Conscience, par Félix Le Dantec, chargé de cours à la Sorbonne.

La Vie du Droit et l'impuissance des lois, par J. Cruet, avocat à la Cour d'Appel.

1627. — Paris. — Imp. Hemmerlé et Cie. — [illegible]





